REVISTA CRITICA
DE
D E R E C H O
INMOBILIARIO

Año XCIX • Enero - Febrero • Núm. 801

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 XCIX • Enero-Febrero 2024 • Núm. 801

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: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14
46010 Valencia

No está permitida la reproducción total o parcial de esta revista, ni su trata-miento 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.

ÓRGANOS RCDI

Presidente

Don Francisco Javier Gómez Gálligo
Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito a la DGSJFP

Secretario

Don Basilio Aguirre Fernández
Consejero de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

Comité editorial

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 DGSJFP

Don Basilio Aguirre Fernández
Director del Servicio de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Secretario de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

Don Celestino Pardo Núñez
Consejero de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

Don Francisco Marín Castán
Consejero de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

Consejo científico

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 Juan Sarmiento Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Don Ángel Rojo Fernández-Río
Catedrático de Derecho Mercantil de la 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 DGSJFP

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

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
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 de la Universidad Autónoma de Madrid

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

Don Basilio Aguirre Fernández
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Doña Carmen Alonso Ledesma
Catedrática Emérita de Derecho Mercantil Universidad Complutense de Madrid

Don Andrés de la Oliva Sántos
Catedrático Emérito de Derecho Procesal Universidad Complutense de Madrid

Don Fernando de la Puente Alfaro
Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito a la DGSJFP

Don Joaquín Delgado Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Manuel Espejo Lerdo de Tejada
Catedrático de Derecho Civil Universidad de Sevilla

Don Antonio Fernández de Buján
Catedrático de Derecho Civil Romano Universidad Autónoma de Madrid

Doña María Paz García Rubio
Catedrática de Derecho Civil Universidad de Santiago

Don Eugenio Gomeza Eleizalde
Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito a la DGSJFP

Don Vicente Guilarte Gutiérrez
Catedrático de Derecho Civil Universidad de Valladolid

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

Don Francisco Marín Castán
Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo

Doña Cristina Martínez Ruiz
Registradora de la Propiedad y Mercantil

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

Doña María Ángeles Parra Lucán
Magistrada de la Sala Primera del Tribunal Supremo Catedrática de Derecho Civil Universidad de Zaragoza

Doña Juana Pulgar Ezquerra
Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid

Doña Encarnación Roca Trías
Magistrada del Tribunal Constitucional

Don Ignacio Sancho Gargallo
Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo

Don Ignacio Tirado Martí
Profesor de Derecho Mercantil Universidad Autónoma de Madrid

Don Ángel Valero Fernández-Reyes
Registro de la Propiedad y Mercantil

Doña Fátima Yañez Vivero
Catedrática de Derecho Civil UNED Madrid

Don Manuel Ballesteros Alonso
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Doña Guadalupe Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos
Secretaria General del Consejo de Estado

Doña Piedad García-Escudero Márquez
Catedrática de Derecho Constitucional de la UCM y Letrada de las Cortes Generales

Doña Pilar Palazón Valentín
Registradora de la Propiedad

Don Juan Luis Gimeno Gómez Lafuente
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Dña. María José de la Fuente y de la Calle
Letrada y Ex Presidenta del Tribunal de Cuentas.

Dña. María José García Valdecasas
Abogada del Estado y letrada del Tribunal Constitucional.

Dña. Esther Muñiz Espada
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid.

D. Juan José Jurado Jurado
Registrador de la Propiedad y Mercantil.

SUMARIO / *SUMMARY*

Págs.

ESTUDIOS/*STUDIES*

GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: El registro de la propiedad forma parte del núcleo esencial del dominio / *The land register is part of the essential core of ownership* 13

LÓPEZ MAS, Pedro José: La responsabilidad civil en la conducción de vehículos autónomos o semiautónomos y su aseguramiento / *Tort liability derived from damages caused by the driving of autonomous and semi-autonomous vehicles and its insurance* 59

ESTUDIO LEGISLATIVO / *LEGISLATIVE STUDY*

DOMINGUEZ CABRERA, María del Pino: Aspectos generales de las cooperativas de viviendas colaborativas en la Ley de Sociedades Cooperativas de Canarias / *General aspects of collaborative housing cooperatives in the Law of Cooperative Societies of the Canary Islands*... 105

DICTÁMENES Y NOTAS / *LEGAL OPINIONS AND NOTES*

GARCÍA GARCÍA, Antonio: Apuntes sobre doble inmatriculación / *Notes on double registration* 133

DERECHO COMPARADO / *COMPARATIVE LAW*

FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, María de los Ángeles: El régimen jurídico de la minería en los países nórdicos. En particular, los casos de Suecia y Finlandia / *The legal regime for mining in the Nordic countries. In particular, the cases of Sweden and Finland*..... 171

Págs.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA / *RESOLUTIONS OF THE GENERAL DIRECTORATE OF LEGAL SECURITY AND PUBLIC FAITH*

Resumen de Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, coordinado por Juan José Jurado Jurado 207

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / *JUDICIAL STUDIES*

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

— Insuficiencia de la guarda de hecho y surgimiento de la curatela: compatibilidad o complementariedad / *Insufficiency of factual guardianship and emergence of guardianship: compatibility or complementarity,* por María Isabel DE LA IGLESIA MONJE 319

1.2. Derecho de Familia

— Pactos prematrimoniales en previsión de ruptura. régimen jurídico, contenido y eficacia./ *Premarriage agreements in prediction of breakup. legal regime, content and efficacy,* por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT. 337

1.3. Derecho Reales

— El arrendamiento de habitación en un edificio en propiedad horizontal / *The leasing of a room in a building on horizontal property,* por María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA 431

1.4. Sucesiones

— Autonomía fiscal de las comunidades autónomas en las transmisiones *mortis causa / Fiscal autonomy of the autonomous communities in mortis causa transmissions,* por María Jimena CRESPO GARRIDO..... 451

1.5. Obligaciones

— Comentario del recorrido jurisprudencial del caso Orcel: daño emergente y lucro cesante en la indemniza-

Págs.

ción de daños contractuales / *Commentary on the judicial path of the Orcel case: consequential damages and loss of profits in the compensation of contractual damages,* por Julio ESPLUGUES GARCÍA 477

— Accionistas y acreedores del Banco Popular: pasado, presente y futuro./ *Shareholders and creditors of Banco Popular: past, present and future,* por Robert REINHART SCHULLER..... 505

1.7. Concursal

— La segunda oportunidad para los empresarios del nuevo régimen de la exoneración del pasivo insatisfecho / *The second start for entrepreneurs under the new debts discharge system*, por Georgina ÁLVAREZ MARTÍNEZ..... 531

2. MERCANTIL . DERECHO DE SOCIEDADES

— La impugnación de acuerdos sociales conformes a los pactos parasociales de exclusión */ Challenging corporate resolutions in accordance with shareholder exclusion agreements,* por Francisco REDONDO TRIGO 551

3. URBANISMO

— Posibilidades de concentración de la afección real urbanística reparcelatoria y de su sustitución por otras garantías / *Possibilities of concentrating the urban security right or replacing it by other guarantees in plot-redivision procedures,* por Eugenio-Pacelli LANZAS MARTÍN 577

ACTUALIDAD JURÍDICA / *LEGAL NEWS*

Información de actividades 599

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / *BIBLIOGRAPHY INFORMATION*

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, Realidad social y norma jurídica: La interpretación sociológica o evolutiva en Derecho privado, Editorial Aranzadi. Diciembre de 2023. pgs 158, por Juan José PRETEL SERRANO..... 609

Págs.

J.A. CUEVAS SEGARRA, "*El descubrimiento de prueba en la práctica procesal civil puertorriqueña*", ed. Bosch, Barcelona, 2023, por Antonio M. ROMÁN GARCÍA. 617

ESTUDIOS

El registro de la propiedad forma parte del núcleo esencial del dominio

The land register is part of the essential core of ownership

por

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO

Doctor en Derecho. Registrador de la propiedad y mercantil adscrito a la Dirección General de Seguridad Jurídica y fe pública del Ministerio de justicia. Notario (en excedencia). Catedrático acreditado de Derecho civil.

RESUMEN: Cualquier Estado social de Derecho debe garantizar a sus ciudadanos el derecho de propiedad. En el núcleo esencial del derecho de dominio se encuentra que la propiedad esté formalizada e inscrita en un Registro de la propiedad. La función social de la propiedad delimita el ámbito del dominio, que ya no es un derecho absoluto. El propietario tiene derechos, pero también obligaciones y restricciones, como establece la ley de la vivienda en España. Las limitaciones legales del dominio delimitan su contenido y operan por ley, sin necesidad de inscripción. En esto se diferencian de las limitaciones voluntarias y de los iure in re aliena, que no son oponibles frente a terceros si no acceden al Registro. Pero para una mayor eficacia de aquellas limitaciones legales debe poder facilitarse su conocimiento a través del Registro de la propiedad de manera que el registrador pueda exigir su cumplimiento. En las tenencias intermedias y derechos reales atípicos la inscripción en el Registro además es constitutiva pues delimita su contenido. La ley de vivienda en España sanciona como derecho esencial del propietario el derecho de consulta a las Administraciones competentes, sobre la situación urbanística de la vivienda y del edificio en que se ubica, lo que comprende su situación jurídica. Esto se facilita por el Registro a través de la incorporación de la georreferenciación de las fincas al folio registral y a través de las bases gráficas asociadas de valor informativo. Sólo la propiedad inscrita y georreferenciada alcanza su máximo valor. Todo ello demuestra que el Registro de la propiedad es parte del núcleo esencial del dominio.

ABSTRACT: All Democartic State of Law should provide their citizens the right of ownership. That implies to provide the owner a deed and a right in rem on the house, properly registered in a Land Register. Social function of the housing means that ownership is not more an absolute right, but a limited right. There are legal limitations, and the owner has to fulfill legal duties. This legal limitations are published by law, registration of them is not compulsory. Is different to conventional iura in re aliena o conventional limitations, that have to be registered to have effects on third parties. But to reach a full efficency of legal limitations, they should be known through the Land Register, so the land registrar could enforce them. In intermediate ownership and non regulated property rights registration is compulsory because is the only way of knowing their contents. In Spain the household act provides the right of information about urban planing what implies access to legal situation of the plot. Only the registered ownership with grafic representation achieve its máximum value. All this proves that Land Register is part of the essential core of ownership.

PALABRAS CLAVE: Derecho de propiedad. Vivienda adecuada. Limitaciones legales del dominio. Registro de la propiedad.

KEY WORDS: Ownership. Adequate housing. Legal limitations on ownership. Land Register.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. LA PROPIEDAD COMO EL MÁS AMPLIO DERECHO REAL. 1.1. Introducción. 1.2. La propiedad como el más amplio derecho real sobre la cosa. 1.3. La inscripción necesaria para su plena oponibilidad. 1.4. La propiedad como derecho real absoluto en los códigos civiles. 1.5. Caracteres de la propiedad: la generalidad, la abstracción y la elasticidad del dominio.—II. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD.— III. DIVERSOS ESTATUTOS DE LA PROPIEDAD INMUEBLE: LA PROPIEDAD DE LA VIVIENDA.—IV. EL NÚCLEO MÍNIMO ESENCIAL DE LA PROPIEDAD.—V. LIMITACIONES DEL DOMINIO SOBRE LA VIVIENDA QUE DELIMITAN SU CONTENIDO EN DERECHO ESPAÑOL.—VI. OTRAS LIMITACIONES LEGALES DEL DOMINIO DE INTERÉS PÚBLICO.—VII. EFICACIA DE LAS LIMITACIONES LEGALES SIN NECESIDAD DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—VIII. LIMITACIONES LEGALES DE INTERÉS PRIVADO.—IX. NECESIDAD DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE LAS LIMITACIONES VOLUNTARIAS DEL DOMINIO.—X. TENENCIAS INTERMEDIAS PARA LA ADQUISICIÓN DEL DOMINIO.—XI. ESPECIALES OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN SOBRE LA PROPIEDAD.—XII. LA CONVENIENCIA DE UNA INFORMACIÓN COMPLETA Y CENTRALIZADA A TRAVÉS DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—XIII. CONCLUSIONES.—XIV. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN. LA PROPIEDAD COMO EL MÁS AMPLIO DERECHO REAL.

1.1. Introducción

Un Estado Democrático y Social de Derecho se caracteriza por reconocer, en general, el derecho constitucional a la propiedad y en particular el derecho a una vivienda digna. Así lo hace la Constitución española en sus artículos 33 y 47, si bien este último tan sólo como principio rector de la política social y económica, esto es, como principio programático. El derecho de propiedad no se configura como derecho fundamental susceptible de recurso de amparo, pero sí como derecho constitucionalmente protegido y sometido al principio de reserva de ley.

A mi juicio, este reconocimiento constitucional no se cumple si no se respeta el núcleo esencial del derecho de propiedad, en el cual figuran las facultades de usar, transmitir a título —oneroso o gratuito— gravar, heredar y reivindicar sancionadas en el artículo 348 C.C. En este núcleo esencial —es lo que defendemos en este trabajo— figura también el derecho a acceder al Registro de la propiedad, tanto en cuanto a la información del contenido del dominio, como en cuanto a la posibilidad de tener un título inscrito de propiedad. No en vano también la ley hipotecaria forma parte del Código civil, tal como resulta del artículo 608 de este último.

Forma parte también del contenido de la propiedad de una vivienda digna que esta tenga unas características arquitectónicas que permitan a la persona habitar dignamente en ella. Pero también integra el derecho de propiedad a una vivienda digna, la facultad de tener formalizado e inscrito en el Registro de la propiedad el dominio, lo cual conlleva a su vez la posibilidad de conocer vía registral el contenido de los derechos reales que se van a adquirir.

El reconocimiento constitucional moderno de la función social de la propiedad no puede desvirtuar ese contenido mínimo, cuya extensión viene delimitada por el respeto a las facultades de dominio que lo integran y también por el cumplimiento de las prohibiciones legales que le afectan. Prohibiciones que el Registro no necesita publicar —las de interés público como veremos, aunque sí las de interés privado— para que sean efectivas, pero que es conveniente que lo haga para facilitar su cumplimiento.

Los derechos reales —property rights—, entre ellos, la propiedad, se trasmiten con rapidez y seguridad, gracias al Registro de la propiedad. Ayuda a esa rapidez en la circulación la tipicidad del dominio y demás derechos reales, esto es, la delimitación legal del contenido de esos derechos. Esto significa que no es necesario pactar el contenido del dominio cuando se transmiten, de manera que el principio de determinación es importante registralmente pero sólo en relación

a los nuevos derechos reales constituidos al amparo del principio de *numerus apertus*[1].

Sin embargo, la profusión moderna de prohibiciones legales, fundamentalmente de interés público, pero también de interés privado, hacen que la tipicidad del dominio no sea tan clara si no se conocen por quienes pretenden adquirirlo.

La rapidez y seguridad en la negociación de los derechos reales, modernamente no se contenta con la delimitación legal del domino y su inscripción en el Registro, sino que exigen que exista la posibilidad de conocer fácilmente el contorno del dominio delimitado por su función social. En este sentido, el papel del Registro de la propiedad, en particular de sus bases gráficas asociadas y las representaciones gráficas incorporadas al folio real, suministrando información sobre las limitaciones legales de dominio que le afectan, se erige como una nueva dimensión del Registro, desconocida hasta ahora.

El estudio de este contenido mínimo de la propiedad y cómo forma parte de él la inscripción del derecho en el Registro de la propiedad y la función de este en la publicidad del contorno de su contenido, es el objeto de este estudio.

1.2. La propiedad como el derecho real más amplio sobre una cosa

Como consecuencia de la evolución del derecho histórico, la propiedad en los códigos civiles europeos —y posteriormente en los latinoamericanos— se reconoció como el más absoluto de los derechos reales sobre las cosas.

Ha sido definido como señorío pleno "erga omnes" sobre una cosa. Los derechos reales, como es sabido, son derechos de exclusión sobre una cosa en beneficio de su titular, con eficacia frente a todos. El derecho de propiedad sería el más amplio derecho real "erga omnes".

Es un derecho con gran contenido económico, oponible a terceros, transmisible inter vivos (sea a título oneroso o gratuito) y mortis causa, susceptible de adquirirse por prescripción adquisitiva y por cualquier título traslativo (compraventa, permuta, donación).

En España además de justo título traslativo (contrato) se requiere para transmitir la propiedad la tradición o entrega (traditio), que puede efectuarse a través de fórmulas instrumentales (como la escritura pública ex artículo 1462 CC.) o simbólica (como la entrega de llaves o de los títulos de propiedad).

1.3. La inscripción necesaria para su plena oponibilidad

El derecho de propiedad o dominio tiene vocación de conexión con el Registro de la propiedad, pues la inscripción (y por tanto la publicidad registral) es el

principal medio de hacer oponible "erga omnes" ese señorío. Es el modo público que unido al título válido determina la trasmisión.

Un derecho real no inscrito no es oponible erga omnes, pues el tercero de buena fe que lo desconoce no queda perjudicado. No hay plena oponibilidad y por tanto no hay verdadero derecho real, sin inscripción en el Registro, de ahí que la legislación hipotecaria haya cambiado enteramente la teoría del título y el modo en el Derecho español. La mantiene en las relaciones inter partes, pero la modaliza en los efectos frente a terceros.[2]

Hasta el punto de que la doctrina más moderna defiende que la inscripción forma parte del iter transmisivo (MENDEZ), de manera que hasta que no hay inscripción no hay verdadero derecho real, verdadero dominio. Quien adquiere de titular registral es protegido cuando inscribe y no le son oponibles las cargas no inscritas ni los vicios que pudieran existir en los títulos de los transferentes anteriores (inoponibilidad y fe pública registral, proclamados en los artículos 32 y 34 Ley hipotecaria española).[3]

En caso de doble venta o venta de cosa ajena, la propiedad pertenece a quien primero inscribe (artículo 1473 C.C. y STS 5 de marzo de 2007).

La prioridad entre derechos reales sobre inmuebles viene determinada por la fecha de presentación en el Registro de la propiedad (artículo 17 LH), hasta el punto de que una vez inscrito un derecho real se produce el cierre del Registro a títulos incompatibles, aunque sean de igual o anterior fecha. Y las cargas inscritas en el Registro determinan en su ejecución la purga o cancelación de las cargas posteriores, salvo que se ejercite tercería de mejor derecho (cfr. artículo 175 RH).

No cabe duda por tanto que un derecho real como la propiedad necesita para su pleno desenvolvimiento, por su propia razón de ser que es la de ser oponible a terceros (y no solo inter-partes o en el plano obligacional), la inscripción en el Registro de la propiedad.

Además, la inscripción en el Registro de la propiedad evita los riesgos de evicción, esto es de privación del derecho de propiedad en virtud de un mejor derecho sobre la vivienda, al proteger a quien adquiere de titular registral a título oneroso y de buena fe, inscribiendo su derecho en el Registro (artículo 34 LH).

Por eso —como veremos más adelante— el concepto de derecho a una vivienda adecuada, proclamado en los modernos Estados democráticos sociales de Derecho, debe incluir poder proveer al titular de un título de propiedad inscrito en el Registro de la propiedad.

Finalmente, el Registro de la propiedad a través de la publicidad de los instrumentos de ejecución urbanística permite el cumplimiento del planeamiento y de los derechos y deberes urbanísticos. Como señala ACEDO-RICO, resulta obvio pensar que, sin una institución como el Registro de la propiedad, la gestión y política de la vivienda está abocada al fracaso.[4]

1.4. La propiedad como derecho real absoluto en los códigos civiles

En materia inmobiliaria, según la tradición romana recogida por los glosadores de la Escuela De Bolonia, como Accursio abarcaba todo, por encima hasta el cielo, por debajo hasta los infiernos, "cuius est *solum eius est usque ad coelum et ad ínferos*". Incluso la facultad de destrucción o abuso de la cosa estaba inicialmente incluida, como lo estaba en Derecho romano.

La propiedad tiene así un ámbito típico, predeterminado, que son todas las facultades posibles sobre la cosa detentada. En caso de venta, donación o herencia, no hace falta determinar las facultades que la integran, a diferencia de los derechos reales limitados, porque son todas las legalmente posibles.

La concepción liberal de los códigos civiles europeos, que tanta influencia tuvo en Latinoamérica, al definir el derecho de propiedad como el más amplio derecho real, reconoció dentro de él un amplio haz de facultades, de usar, gravar, disponer y reivindicar.

El artículo 348 del C.C. lo define en España de la siguiente forma:

"La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa o de un animal, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes.

El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa o del animal para reivindicarlo".

Como se ve también la facultad de ejercer la acción reivindicatoria es consustancial a la propiedad. No se puede escindir la acción reivindicatoria del derecho de dominio. Y aunque se puede diferenciar el goce de la facultad de disposición (por ejemplo, en el usufructo con facultad de disposición, en que el nudo propietario carece de facultad dispositiva), la facultad de reivindicar no sería susceptible de separación del resto de facultades del dominio.

1.5. Caracteres de la propiedad: la generalidad, la abstracción y la elasticidad del dominio

Son caracteres del derecho de dominio, la generalidad, la abstracción y la elasticidad de dominio.[5]

Como señala GOÑI RODRIGUEZ DE ALMEIDA "La propiedad comprende todas las facultades, aplicaciones y posibilidades de la cosa no prohibidas por la ley, las actuales y las que puedan surgir en el futuro, sin necesidad de definirlas o caracterizarlas. No es una enumeración completa de todas, porque varían según la época y objeto. Y precisamente esto diferencia la propiedad de otros derechos reales, en los que sí se pueden enumerar sus facultades.

Como consecuencia de su carácter general, el dominio se presume libre de cargas y gravámenes y, por tanto, hay que probar siempre la existencia de un derecho real, que pueda gravarlo o limitarlo.

Es el derecho real por excelencia, el paradigma del derecho sobre la cosa".

En cuando a la abstracción, como señala la citada autora, "el derecho del dueño es concebible con independencia de las facultades singulares, que pueden faltar; mientras que los derechos reales limitados son precisamente la puesta en valor de una facultad aislada, y no se conciben sin ellas.

La abstracción significa, entonces, que se trata de un derecho separable de sus facultades y con existencia independiente y diferente de ellas. Pero no es una entelequia, sino que el dominio necesita siempre un mínimo de contenido sustancial; por ejemplo, no se puede enajenar la facultad de goce a perpetuidad, y solo es posible detraer una facultad del dominio a favor de otro cuando se permita por el ordenamiento. A pesar de esa abstracción, siempre queda un reducto con existencia propia, en el que se reconoce el dominio".

Sobre el derecho de propiedad pueden constituirse por el propietario derechos reales limitados (*iura in re aliena)* en favor de otras personas. Pero una vez extinguidos estos derechos limitados el dominio recobra su natural extensión. Es lo que se denomina la elasticidad del dominio.

El propietario tiene todas las facultades sobre la cosa en propiedad no atribuidas legal o convencionalmente a otra persona y recobra estas cuando se extinguen.

Este propietario puede ser una persona física o jurídica. Para ser titular de derechos de propiedad en el Registro de la propiedad, las sociedades mercantiles tienen que estar previamente inscritas en el Registro Mercantil.[6] Esto es aplicable a las aportaciones de inmuebles a sociedades mercantiles por vía de constitución o aumento de capital, y en todo caso de adquisiciones. [7] Como vemos el Registro mercantil es coadyuvante del Registro de la propiedad en dotar de seguridad jurídica a las transacciones mercantiles en general, pero también de las transmisiones inmobiliarias en particular, sean estas entendidas o no como actividad mercantil.[8]

Una de las principales aportaciones radica en la inoponibilidad frente a terceros que confían en la publicidad registral mercantil, de los vicios de nulidad que pudieran afectar a los nombramientos de los administradores, lo cual es aplicación plena del Derecho de la UE.[9] Esto facilita enormemente la circulación de los inmuebles inscritos en el Registro de la propiedad otorgados por cargos vigentes e inscritos en el Registro mercantil.

Las sociedades pueden ser privadas o públicas. También el Estado y las empresas públicas pueden ser titulares de derechos de dominio, por lo que el Regis-

tro de la propiedad es independiente del mayor o menor grado de intervención del Estado.

II. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD

El amplísimo haz de facultades que conlleva el domino se ha ido reduciendo progresivamente en el Derecho moderno a medida que se ha ido reconociendo la función social que la propiedad está llamada a desempeñar.

Modernamente las legislaciones de los países basados en un Estado de Derecho, con mayor o menor intensidad, han ido reconociendo la función social de la propiedad y han ido abandonando la concepción liberal del dominio, considerando el derecho de propiedad como un derecho no absoluto, no ilimitado, sino de contornos precisos en beneficio de la comunidad.

Este proceso, podríamos llamar socializador de la propiedad, en España se inició en la reforma del Título preliminar del Código civil en 1974, cuando se modificó el artículo 7 del C.C. prohibiendo el abuso del derecho. La propiedad no puede conllevar la facultad de destrucción o uso antisocial.

"1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. 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"

Por su parte el reconocimiento de las acciones de inmisión en fundos ajenos, recogida en el artículo 1908 C.C. español, por humos excesivos, explosiones, caídas de árboles y emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes, es considerada doctrinalmente como una limitación al derecho de propiedad como derecho absoluto, erga omnes.

En definitiva, el propietario no puede hacer lo que quiera en su propiedad, sino que es responsable (responsabilidad extracontractual) por los daños causados a terceros —normalmente colindantes— derivada de su actividad y además es responsable frente a la comunidad de un buen aprovechamiento de la propiedad.

El interés general prevalece, por lo que el derecho de dominio puede ser objeto de expropiación. La propiedad, aunque sea el derecho real más amplio sobre las cosas, no impide que un bien pueda ser expropiado por la Administración pública cuando hay un interés general que así lo justifica, previa siempre la correspondiente indemnización.

El derecho de propiedad por tanto ha ido evolucionando a un derecho no absoluto, delimitado por el reconocimiento de su función social.

En España la proclamación de la función social de la propiedad llegó con la Constitución española de 1978, que sancionó el derecho de propiedad, pero supeditado a su función social.

Así el artículo 33 CE dispone:

"1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.

2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.

3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes"—.

La función social de la propiedad hace del derecho de propiedad un derecho delimitado en su contenido por contornos que pueden ser más o menos intensos.

Por tanto, solo cabe expropiación del derecho de propiedad, previa indemnización, cuando existe causa justificada de utilidad pública o interés social (limitaciones extrínsecas), y además la propiedad está delimitada en su contorno (limitación intrínseca) por la función social que está llamada a desempeñar, especialmente cuando recae sobre la vivienda, que es un bien esencial para la vida de las personas, y un derecho que en general sancionan de forma programática las Constituciones políticas de los Estados sociales de Derecho.

Esta acepción de la función social de la propiedad ha pasado en España al Código civil catalán[10]. Así el artículo 541-1 al definir el concepto de propiedad establece:

"1. La propiedad adquirida legalmente otorga a los titulares el derecho a usar de forma plena los bienes que constituyen su objeto y a disfrutar y disponer de ellos.

2. Los propietarios conservan las facultades residuales que no se han atribuido a terceras personas por ley o por título".

Y el artículo 541-2 añade respecto de la función social:

"Las facultades que otorga el derecho de propiedad se ejercen, de acuerdo con su función social, dentro de los límites y con las restricciones establecidas por las leyes".

III. DIVERSOS ESTATUTOS DE LA PROPIEDAD INMUEBLE: LA PROPIEDAD DE LA VIVIENDA

El contenido del derecho de propiedad según su función social puede ser más o menos amplio, en función del objeto sobre el que recae y las circunstan-

cias concurrentes y de lo que quiere el legislador en cada momento histórico. La extensión mayor o menor de las facultades del dominio depende del objeto de la propiedad misma.

Existen así de estatutos diversos de la propiedad. No es lo mismo la propiedad rústica, que la propiedad urbana; tampoco lo es la propiedad sobre inmuebles o sobre bienes muebles; ni la propiedad sobre las empresas. Mientras en el ámbito mobiliario o empresarial privado las facultades de dominio pueden ser mayores para el propietario, en el ámbito de la vivienda —y aún más en las explotaciones rústicas—, el haz de facultades del propietario se restringe en aras del interés general de la comunidad, que prevalece.

En particular la propiedad de la vivienda tiene un estatuto propio, un contenido más restringido en función de los intereses generales, pues todos los ciudadanos tienen el derecho constitucional a la vivienda. Y no siempre es materialmente posible hacerlo efectivo (dada la escasez de viviendas que suele existir en todos los países) por lo que la restricción de los derechos o facultades de los propietarios, que sí tienen vivienda, en beneficio de los demás, puede estar más justificado.

Los derechos de usar, disponer (enajenar a título oneroso o gratuito, inter vivos o mortis causa), y de gravar (como es el de hipotecar o constituir derechos reales limitados sobre el inmueble), pueden restringirse en beneficio de la comunidad. Eso sí, sin llegar a suprimirse, pues eso afectaría al núcleo esencial de la propiedad que debe reconocer un Estado Social y Democrático de Derecho.

Pueden establecerse así derechos de preferente adquisición en favor de la Administración pública, restringirse la facultad de arrendar, prohibirse la desocupación, y un largo etcétera que luego veremos[11].

En cuanto a la tierra, el factor social es más intenso en todos los países.[12] En España también existen limitaciones intrínsecas del dominio, derivadas de la protección del interés general.

Así por ejemplo la ley de zonas de interés para la Defensa Nacional (ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones para la Defensa nacional) somete a autorización militar la compraventa por extranjeros —no nacionales de la UE— las zonas fronterizas y las islas.

Lo mismo ocurre en materia de arrendamientos rústicos, donde no cabe arrendar por parte de extranjeros en base al principio de reciprocidad, esto es, extranjeros nacionales de países donde a los españoles no se les reconozca este derecho.[13]

El Registro de la propiedad es neutral en cuanto a la mayor extensión del contenido de los derechos de propiedad.

El dominio es un concepto que puede ser más amplio en las concepciones más liberales, o más restringido en las concepciones más socialistas del dere-

cho de propiedad. Pero el Registro siempre realiza un papel asegurador de la contratación inmobiliaria —en el mayor o menor grado que el sistema jurídico reconozca— al facilitar la publicidad de la titularidad y cargas y limitaciones existentes sobre el inmueble.

IV. EL NÚCLEO MÍNIMO ESENCIAL DE LA PROPIEDAD

Ahora bien, la función social de la propiedad no justifica que esta pueda ser reducida por debajo de un mínimo de facultades, salvo que haya expropiación previa indemnización. En todo caso debe respetarse el contenido mínimo de la propiedad.

La búsqueda de ese mínimo nuclear del derecho de propiedad corresponde en cada Estado fijarlo al Parlamento, y es fruto de su tradición jurídica. En el bien entendido que en una sociedad justa la propiedad no puede llegar a desaparecer, ni siquiera bajo la justificación de la función social de la propiedad. Siempre tiene que haber un mínimo nuclear que debe ser respetado, tanto en concepciones liberales como en las más socialistas.

Si no se respeta ese mínimo nuclear, no estaríamos ante sistemas jurídicos, sino ante sistemas normativos positivistas o arbitrarios, ajenos al Derecho. Como señala ROMÁN GARCÍA, el Derecho es anterior a la ley.[14]

No olvidemos que hay principios (dignidad de la persona, buena fe, dar a cada uno lo suyo, equidad) que son anteriores al propio sistema positivo, y deben ser siempre respetados. Al menos tienen que tener un mínimo reconocimiento por el ordenamiento jurídico. Así ocurre con el núcleo esencial mínimo del derecho de propiedad, que debe ser respetado.

El derecho de propiedad puede ser restringido en sus facultades, pero no desaparecer por completo, pues en tal caso no se respetarían los derechos humanos, entre los cuales se encuentra sin duda el de propiedad.

Los sistemas jurídicos deben respetar el contenido esencial mínimo que conforma el derecho de propiedad. No se puede negar por entero, pues en tal caso estaríamos ante un sistema arbitrario, injusto, alejado del Estado social de Derecho.

El contenido mínimo nuclear de la propiedad debe abarcar el derecho a la previa indemnización en caso de expropiación, el derecho de goce efectivo del inmueble, la facultad de transmitir y el derecho a la herencia. Y debe permitirse también al propietario constituir derechos limitados sobre finca ajena.[15]

Pueden restringirse voluntariamente las facultades integrantes del dominio, transmitiéndolos el propietario a terceros (derecho de uso[16], usufructo, servidumbres, derechos de vuelo, etc.), pero siempre con carácter relativo y temporal, no de manera absoluta y total, de manera que una vez extinguidos se consolidan con

el dominio. Solo excepcionalmente las servidumbres son indefinidas pues constituyen un gravamen entre inmuebles donde la vinculación puede estar justificada con carácter indefinido.

El contenido nuclear mínimo del derecho de dominio también debe incluir el derecho de información a los ciudadanos sobre la extensión de su derecho de propiedad y de las limitaciones existentes sobre fincas concretas, sean convencionales o legales impuestas por la Administración pública, lo que incluye el acceso de sus títulos al Registro de la propiedad y el derecho a la publicidad formal registral.

Un sistema clandestino de circulación de los inmuebles no respetaría el derecho nuclear mínimo del derecho de propiedad en un Estado Social de Derecho moderno.

Esto no excluye que deba acreditarse el interés legítimo para acceder al Registro, de manera que no se divulguen injustificadamente datos de carácter personal, de los cuales también los registradores deben velar. Pero a quien tenga interés legítimo en acceder a la información, no se le puede negar.

Formaría también parte del núcleo esencial del derecho de propiedad, el derecho de inscribir tal derecho de dominio en el Registro de la propiedad.

Sin inscripción en el Registro de la propiedad ya se ha visto que no cabe plena oponibilidad "erga omnes" del derecho de dominio, por lo que el propietario adquirente al que se le priva de esta facultad —la de inscribir— no puede ser considerado pleno propietario.

Esto se demuestra en la realidad práctica, donde la propiedad tiene mucho más valor cuando está formalizada que cuando no; y mucho más valor cuando está inscrita en el Registro de la propiedad. El valor máximo se alcanza cuando el propietario registral tiene inscrita también la representación georreferenciada de su finca y está coordinada con el Catastro, pues en tal caso el principio de legitimación registral (que presume el dominio en el titular registral en los términos señalados por el Registro) se extiende también a los datos físicos, como situación y superficie (artículo 10 LH tras la reforma por ley 13/2015, de 24 de junio, de coordinación Catastro-Registro).

La doctrina realza la importancia de las bases gráficas. DELGADO RAMOS pese a considerar que la ley 13/2015 tiene carencias como la de mantener la voluntariedad de la georreferenciación y restringir la eficacia de la representación gráfica alternativa, destaca, sin embargo, grandes avances en la coordinación catastro-registro, en la creación de la aplicación gráfica registral (geoportal del CORPME) y en el hecho de trabajar no con meras imágenes sino con coordenadas de referenciación geográfica en formato GML.[17]

Existía como señala ESQUIROL JIMENEZ una falla del sistema que era la falta de una adecuada base gráfica de la finca registral, que la ley 13/2015 sub-

sana al articular un sistema de coordenadas UTM para la descripción notarial de las fincas registrales, basada fundamentalmente en la cartografía catastral, pero admitiendo e incluso exigiendo en determinados casos (segregaciones, divisiones, reparcelaciones, expropiaciones y demás casos de apertura de folio) representaciones gráficas alternativas.[18]

La doctrina registral ha extrapolado los principios registrales también a los datos de hecho de las fincas, no sólo del principio de legitimación, sino también del de prioridad, inoponibilidad y tracto sucesivo, como defiende FANDÓS PONS[19]. En ocasiones defendiendo su aplicación (FENECH RAMOS[20]) no sólo en los supuestos legales de representación gráfica catastral inscrita y coordinada sino también en los supuestos legales de representación gráfica alternativa a la catastral, incluso no coordinada, y en las bases gráficas anteriores a la ley 13/2015 con nota marginal de validación, así como en toda descripción incluso literaria inscrita a través de un procedimiento de coordinación del Registro con la realidad extrarregistral como los de inmatriculación o expediente de dominio.

En lo que se refiere al principio de fe pública registral, el Centro Directivo de notarios y registradores acepta la posibilidad de que puedan aparecer terceros protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación con la superficie y linderos que se derivan de la inscripción de la georreferenciación de la finca si bien lo limita a los posibles conflictos entre titulares de dominio privado, aunque en cambio, como regla general, no opera, frente a las posibles acciones de deslinde, reivindicación y recuperación posesoria del dominio público.[21]

En definitiva, la ley 13/2015 ha incrementado el valor de las fincas inscritas con representación gráfica, sea catastral o alternativa, dotándolas de mayor valor al estar los datos físicos y no sólo los jurídicos amparados no sólo por el principio de legitimación registral sino por otros derivados del mismo, como el de prioridad, el de inoponibilidad y el de fe pública registral.

De aquí cabria deducir, a mi juicio, la nulidad radical de los pactos de no inscribir el domino o la georreferenciación de las fincas, pues impediría al adquirente hacer efectivo su derecho esencial al acceso al Registro de la propiedad.[22]

Como veremos a continuación la ley de vivienda en España sanciona como derecho esencial del propietario el derecho de consulta a las Administraciones competentes, sobre la situación urbanística de la vivienda y del edificio en que se ubica, que comprende lógicamente su situación gráfica, jurídica y registral.

Sólo la propiedad formalizada en documento público, inscrita en el Registro de la propiedad y debidamente georreferenciada alcanza el máximo valor, por lo que puede afirmarse que en el núcleo del dominio está el derecho de acceso al Registro de la propiedad.

V. LIMITACIONES DEL DOMINIO SOBRE LA VIVIENDA QUE DELIMITAN SU CONTENIDO EN DERECHO ESPAÑOL.

El legislador al perseguir la función social de la propiedad puede comprimir o aumentar el haz de facultades, siempre que exista proporcionalidad en la medida y se respete el núcleo mínimo al que nos hemos referido. En materia de vivienda son muchas las limitaciones que se imponen dada la función social que está llamada a desempeñar.

En España el debate se ha producido en torno a leyes dictadas por algunas comunidades autónomas en las que se impone el deber de habitar, ocupar efectivamente, las viviendas, en definitiva, de no tenerlas desocupadas o deshabitadas.

El tribunal constitucional español ha admitido la posibilidad de imponer restricciones al derecho de propiedad sobre la vivienda, siempre que no se rompa el justo equilibrio entre los medios empleados y la finalidad pretendida. Para ello se precisa ley formal y no basta real decreto ley, que no se considera de rango suficiente para imponer medidas restrictivas al derecho de dominio.[23]

Así la reciente ley 12/2023, de 24 de mayo, de vivienda en España, en su exposición de motivos, reconoce la relevancia social de la vivienda y la incidencia en ella de la función social de la propiedad, y siguiendo el criterio del Tribunal Constitucional introduce numerosas medidas restrictivas del dominio de la propiedad sobre las viviendas, en beneficio del incremento del parque de viviendas disponibles.

Afirma su Exposición de motivos lo siguiente:

"Por su objeto, el derecho constitucional a la vivienda reconocido incide en el goce del contenido de otros derechos constitucionales, declarados incluso fundamentales, como los relativos a la integridad física y moral (artículo 15 CE), a la intimidad personal y familiar (artículo 18 CE), a la protección de la salud (artículo 43 CE) y a un medio ambiente adecuado (artículo 45 CE); derechos, todos ellos, que guardan una relación estrecha con los valores de la calidad de vida —de la que habla el propio preámbulo de la norma fundamental— y del libre desarrollo de la personalidad en sociedad (artículo 10.1 CE). Esta incidencia e imbricación también se deduce de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y resalta en la doctrina del Tribunal Constitucional, que es receptiva de aquella.

Todo lo cual modula, tanto el derecho de propiedad, como la libertad de empresa, cuando operan en el sector de la vivienda, desde el doble punto de vista de la función social que deben cumplir y del interés general, respectivamente (artículos 33.2, 38, 128.1 y 131.1 CE). Y ello sobre el trasfondo de la igualdad de todos los españoles en cualquier parte del territorio del Estado (artículo 139.1 CE) en los términos del artículo 14 CE (…)"

Como consecuencia de todo ello, la ley de vivienda limita o delimita el contenido del derecho de propiedad de la vivienda, como un conjunto de derechos, pero también de deberes.

Son derechos del propietario de la vivienda (respetando lo que constituiría el mínimo nuclear de la propiedad), de conformidad con el artículo 10.1, lo siguientes:

a) Las facultades de uso, disfrute y disposición de la misma conforme a su calificación, estado y características objetivas, de acuerdo con la legislación en materia de vivienda y la demás que resulte de aplicación.
b) El derecho de consulta a las Administraciones competentes, sobre la situación urbanística de la vivienda y del edificio en que se ubica.
c) La realización de las obras de conservación, rehabilitación, accesibilidad universal, ampliación o mejora, de conformidad con las condiciones establecidas por la Administración competente y, en su caso.

Vemos por tanto que uno de los derechos que conforman la propiedad de la vivienda es el derecho de consulta a la Administración pública sobre la situación urbanística de la vivienda y del edificio, lo que comprende cabalmente la titularidad y cargas del inmueble y el acceso al Libro Edificio[24] que se deposita en el Registro de la propiedad (artículo 202 LH en la redacción dada tras la citada ley 13/2015).[25]

En cuanto a los deberes, el artículo 11 de la ley 12/2023, de 24 de mayo, de vivienda establece los siguientes:

a) Uso y disfrute propios y efectivos de la vivienda conforme a su calificación, estado y características objetivas, de acuerdo con la legislación en materia de vivienda garantizando en todo caso la función social de la propiedad.
b) Mantenimiento, conservación y, en su caso, rehabilitación de la vivienda en los términos de dicha ley, de la legislación de ordenación territorial, urbanística y de vivienda, y de los instrumentos urbanísticos aprobados a su amparo.
c) Evitar la sobreocupación o el arrendamiento para usos y actividades que incumplan los requisitos y condiciones de habitabilidad legalmente exigidos.
d) En las operaciones de venta o arrendamiento de la vivienda, cumplir las obligaciones de información establecidas en la normativa aplicable y en el título IV de esta ley.
e) En caso de que la vivienda se ubique en una zona de mercado residencial tensionado, cumplir las obligaciones de colaboración con la Administración competente y suministro de información en los términos establecidos en el título II de esta ley (…).

En todo caso en España, el estatuto propio de la vivienda, y la función social que constitucionalmente está llamado a cumplir, se traduce en la posibilidad de imponer sobre el derecho de dominio numerosas limitaciones concretas, en las facultades de uso, enajenación o gravamen (en particular en materia de arrendamientos de vivienda) que la propia ley enumera.

En concreto, tratándose de vivienda protegida (fundamentalmente las viviendas de protección oficial) que han sido construidas con financiación estatal o con desgravación impositiva, la propiedad se somete a las siguientes limitaciones (artículo 16 ley vivienda):[26]

a) La vivienda debe destinarse exclusivamente a residencia habitual y estar ocupada durante los períodos de tiempo establecidos como mínimos en la legislación y normativa de aplicación.
b) La adjudicación de la vivienda deberá seguir un procedimiento que asegure la transparencia, con sujeción a criterios objetivos que aseguren la pública concurrencia y den prioridad a las personas o grupos de personas demandantes que se encuentren inscritas en los registros públicos que se constituyan por parte de las Administraciones públicas con competencias en materia de vivienda, teniendo en cuenta el orden establecido en los mencionados registros públicos.
c) Las personas adjudicatarias de viviendas protegidas no podrán:
   1.º Ser titulares del pleno dominio o de un derecho real de uso o disfrute de ninguna otra vivienda, salvo inadecuación sobrevenida de la vivienda que ocupen a sus circunstancias personales o familiares u otras circunstancias objetivas debidamente acreditadas.
   2.º Superar el nivel de ingresos máximo, en función de las características de la unidad de convivencia, que haya establecido la normativa reguladora.
d) (…) las viviendas protegidas estarán sometidas a un régimen de protección pública permanente con las salvedades que excepcionalmente pueda prever la normativa autonómica en caso de que exista causa justificada debidamente motivada para su descalificación o para el establecimiento de un plazo de calificación con la fijación del número de años de esta, que como mínimo deberá ser de 30 años.
   En tal supuesto, podrá establecerse la devolución de todas o parte de las ayudas percibidas en caso de enajenación de la vivienda con posterioridad a su descalificación, conforme se establezca en su normativa reguladora.
e) Su venta o alquiler estarán sujetos a la previa autorización de la Comunidad Autónoma mientras la vivienda siga sujeta al régimen de protección pública que corresponda.

Sólo podrá otorgarse tal autorización en favor de personas que cumplan los requisitos previstos en la normativa correspondiente para acceder a una vivienda protegida, cuando cumplan las siguientes condiciones:

1.º Se efectúe prioritariamente a favor de personas o grupos de personas demandantes inscritas en los registros públicos previstos al efecto por la normativa autonómica o municipal, teniendo en cuenta el orden establecido en los mencionados registros públicos.

2.º El precio de la venta o el alquiler no rebase el máximo establecido al efecto.

La Administración podrá ejercer, dentro del plazo no mayor al del máximo legal para el otorgamiento de la autorización, los derechos de tanteo o de adquisición preferente y dentro de otro plazo igual tras dicho otorgamiento, los derechos de retracto o de adquisición preferente que establezca, en su caso, la legislación autonómica aplicable.

Las Administraciones competentes podrán arbitrar los mecanismos necesarios para alcanzar todas estas condiciones antes estudiadas pudiendo articularse a través de protocolos y convenios específicos con notarios y registradores de la propiedad.

La ley 12/2023, de 24 de mayo, de vivienda además de las viviendas protegidas, regula dos tipos nuevos de viviendas para fomento de alquiler, como son las viviendas asequibles incentivadas y las zonas de mercando residencial tensionado.

En cuanto a las primeras —viviendas asequibles incentivadas— el artículo 17 prevé, que además de viviendas protegidas, con el objeto de incrementar la oferta de vivienda a precios adecuados a la situación económica de los hogares en cada entorno territorial, los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, puedan impulsar la existencia de viviendas asequibles incentivadas, que estarán sujetas, con carácter orientativo y sin perjuicio de lo que establezcan al respecto las administraciones competentes, a las siguientes reglas:

a) Sometimiento de la vivienda a limitaciones específicas de destino durante un tiempo determinado y a unos límites máximos de precios de alquiler, que serán proporcionales y ajustados a los beneficios públicos que obtenga, sean urbanísticos, fiscales, o de cualquier otro carácter, determinadas por la Administración que los otorgue.

b) Destino de la vivienda exclusivamente a residencia habitual de la persona arrendataria, que tenga dificultades para acceder a una vivienda a precios de mercado, de acuerdo con los criterios que fije la Administración competente (…)

Además, se regulan zonas de mercado residencial tensionado en el artículo 18 de la ley vivienda. Las Administraciones competentes en materia de vivienda

podrán declarar, de acuerdo con los criterios y procedimientos establecidos en su normativa reguladora y en el ámbito de sus respectivas competencias, zonas de mercado residencial tensionado a los efectos de orientar las actuaciones públicas en materia de vivienda en aquellos ámbitos territoriales en los que exista un especial riesgo de oferta insuficiente de vivienda para la población.

La vigencia de la declaración de un ámbito territorial como zona de mercado residencial tensionado será de tres años, pudiendo prorrogarse anualmente siguiendo el mismo procedimiento, cuando subsistan las circunstancias que motivaron tal declaración y previa justificación de las medidas.

Entre otros aspectos, en zonas de mercado residencial tensionado se introduce un deber legal de información por parte de los grandes tenedores, a requerimiento de la Administración competente en materia de vivienda, con objeto de asegurar el cumplimiento de los deberes asociados al derecho de propiedad de la vivienda, especialmente en estos entornos en los que debe evitarse prácticas de desocupación indebidas.

En este contexto, se entiende por «gran tenedor» la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos, excluyendo garajes y trasteros, o una superficie construida de más de 1.500 m2. Esta definición podrá ser extendida en entornos de mercado residencial tensionado hasta aquellos titulares de cinco o más inmuebles urbanos de uso residencial ubicados en dicho ámbito, cuando así sea motivado por la comunidad autónoma.

Esta condición de gran tenedor de inmuebles se acredita a través de certificación del registro de la propiedad. El Colegio de registradores ha desarrollado también una herramienta digital para poderla solicitar on line.

Por otra parte, en cuanto a los gastos de formalización, la ley de vivienda impone la obligación de que los gastos de gestión inmobiliaria y los de formalización del contrato sean a cargo del propietario o arrendador.

La ley 12/2023, de 24 de mayo, de vivienda estudiada, tiene aspectos positivos y negativos.

Aspectos positivos son el incremento del porcentaje de viviendas protegidas que se exige respetar en los planes de urbanismo[27] y el haber fijado razonablemente la delimitación del contenido esencial de la propiedad tal como hemos estudiado. En cuanto a los aspectos negativos, a mi juicio la mayor crítica que se puede hacer a la ley de vivienda es en materia de alquiler, en especial por la paralización de los procedimientos de ejecución[28] —aunque algunos autores lo ven positivo como ACEDO-RICO[29]— y por la limitación legal de las rentas de alquiler en zonas de mercado tensionado han producido el efecto contrario al que se pretendía, que es favorecer el mercado de alquiler.

El efecto ha sido que, por el contrario, los propietarios se han retraído ante el temor de que sus inmuebles queden amortizados y sin posibilidad de recupe-

ración, los alquileres temporales se han incrementado para evitar la aplicación de la ley y los precios de alquiler han seguido subiendo.

Como señala NASARRE AZNAR[30] la ley de la vivienda dificulta aún más el desalojo de los okupas, convirtiéndolo en un laberinto burocrático que puede durar meses y meses. Sus mecanismos de control de renta forzoso contraerán y precarizarán la oferta de vivienda en alquiler, aumentarán las rentas, el mercado negro y expulsarán a los que menos tienen.[31]

VI. OTRAS LIMITACIONES LEGALES DEL DOMINIO DE INTERÉS PÚBLICO.

Existen otros límites legales al derecho de dominio, al margen de los anteriormente estudiados, impuestos por otras leyes, como son las siguientes:

a) Limitaciones urbanísticas impuestas en el planeamiento urbanístico. El aprovechamiento urbanístico y la edificabilidad de las parcelas las determinan los instrumentos de ejecución urbanística.
b) Derechos y tanteo derivados del planeamiento urbanístico o respecto del patrimonio municipal del suelo que se enajenara para construir vivienda social o protegida. Si no se cumplen con estas finalidades, cabe también la posibilidad de establecerse condiciones resolutorias.
c) Hipotecas legales tácitas, que gravan por ley la vivienda, aunque no se reflejen en el Registro de la propiedad, tales como impuestos que graven la titularidad (IBI) y los gastos de comunidad en edificios en propiedad horizontal (artículo 9 Ley de propiedad horizontal).

Estas restricciones legales de interés público afectan a la disponibilidad o al ejercicio del derecho, constituyen los límites ordinarios del derecho de propiedad en beneficio de toda la comunidad.

Además de las citadas tienen la consideración de límites ordinarios del derecho de propiedad, entre otras, las siguientes restricciones establecidas por la legislación[32]:

a) Del planeamiento territorial y urbanístico y de las directrices de paisaje, y, en aplicación de estos, de los planes de ordenación urbanística.
b) Sobre la vivienda.
c) Agraria y forestal.
d) De protección del patrimonio cultural.
e) De protección de los espacios naturales y del medio ambiente.
f) De construcción y protección de las vías e infraestructuras de comunicación.
g) De costas y aguas continentales.
h) De fomento de las telecomunicaciones y de transporte de la energía.

i) De uso y circulación de los vehículos a motor, barcos y aeronaves.
j) De protección y defensa de los animales.
k) De defensa nacional.

Todas estas limitaciones impuestas por ley, tienen eficacia *erga omnes* por el mero hecho de estar publicadas legalmente, aunque no estén inscritas en el Registro de la propiedad, si bien a través del Registro y sus bases gráficas asociadas puede facilitarse su conocimiento y, por tanto, su cumplimiento.

Las bases gráficas asociadas son definidas por PRADO GASCÓ, siguiendo a AGUILERA ANEGÓN, como procedimiento informático a través del cual un GIS registral asocia a la base gráfica de la finca registral validada aquellas especiales calificaciones jurídicas de carácter territorial, representadas geográficamente por las autoridades públicas responsables de las mismas, publicadas oficialmente e incorporadas gráficamente al sistema de Bases gráficas registrales, de las que resultan condiciones expansivas o restrictivas en el ejercicio de las facultades inherentes al dominio.[33]

Las bases gráficas asociadas, a diferencia de la representación gráfica inscrita al amparo de la ley 13/2015 que sí se incorpora al folio real y goza de los efectos y presunciones registrales, no tiene más valor que el de publicidad noticia, pero ayuda a su conocimiento y aplicación. Como señala SANCHEZ JORDÁN, la información urbanística que dispensan estas bases gráficas, cuando no están incorporadas al folio, no tienen la consideración de publicidad efecto, pero sí de publicidad noticia, útil para poner en aviso a quien consulta el Registro. Cita a este respecto además de la información urbanística y medio ambiental, la procedente de legislación sectorial, tales como ley 33/2015, de 21 de septiembre, del patrimonio natural y de la biodiversidad; el artículo 29.11 de la ley 3772015, de 29 de septiembre, de carreteras; y el reglamento de costas aprobado por Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre, todos los cuales contemplan la información de las bases gráficas asociadas con efectos informativos en relación al dominio público estatal, medioambiental, viario y marítimo terrestre.[34]

VII. LAS LIMITACIONES LEGALES TIENEN EFICACIA SIN NECESIDAD DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

En efecto, las limitaciones legales del dominio estudiadas anteriormente (viviendas protegidas, VPO, zonas de mercado tensionado, etcétera) no necesitan inscripción en el Registro de la propiedad para producir efectos.

Lo establece el artículo 26.1 de la ley hipotecaria, al afirmar que las prohibiciones de disponer o enajenar (…) establecidas por la Ley que, sin expresa declaración judicial o administrativa, tengan plena eficacia jurídica, no necesitarán

inscripción separada y especial y surtirán sus efectos como limitaciones legales del dominio.

Su contravención determina la nulidad del acto de disposición ex artículo 6 C.C. aunque no estén inscritas en el Registro de la propiedad.

No obstante, aunque estas limitaciones tienen eficacia sin necesidad de inscripción en el Registro de la propiedad, lo conveniente es fomentar el acceso individualizado de aquéllas al Registro, para facilitar su conocimiento por los posibles adquirentes y por tanto su cumplimiento.

Que no sea necesaria su inscripción para su exigibilidad, no significa que no puedan ser inscritas o que el Registro no pueda colaborar a su conocimiento.

De ahí la previsión legal de realización por la Administración pública convenios con notarios y registradores —como prevé la Ley de vivienda para las VPO— para que aquéllos adviertan en las escrituras las limitaciones legales existentes y estos las hagan constar en el registro de la propiedad.

En este sentido también es conveniente el acceso al Registro de las bases gráficas del demanio público, para que los registradores eviten que se infrinjan las limitaciones legales derivadas de esta clase de inmuebles (inalienables, imprescriptibles, inembargables).

Lo mismo ocurre con el planeamiento urbanístico, que impone limitaciones en función de la clase del suelo (urbano o rústico), y aunque operan al margen del Registro, lo lógico es que los instrumentos de desarrollo urbanístico estén coordinados con el Registro de la propiedad, de manera que los adquirentes de terrenos puedan conocer con más facilidad las restricciones y obligaciones urbanísticas existentes.

Se ha ido constituyendo así en el Registro de la propiedad una información gráfica asociada que aún sin formar parte de los asientos registrales propiamente dichos, facilita la calificación registral y ayuda a la protección del demanio público y a la observancia de las limitaciones legales del dominio en materia urbanística, medio ambiental, vías pecuarias y zona marítimo terrestre.

VIII. LIMITACIONES LEGALES DE INTERÉS PRIVADO

Junto a las restricciones legales de interés público, existen restricciones legales en interés privado, que también afectan a la disponibilidad y al ejercicio del derecho, constituyendo límites ordinarios del derecho de propiedad. La diferencia con las primeras radica en que la ley exige que consten en el Registro de la propiedad para su eficacia.

Como limitaciones legales del dominio que son, las limitaciones de interés privado tienen eficacia por ley. Pero la consecuencia de la infracción es distinta según se trate de limitación de interés general o de interés privado.

La infracción de una limitación legal de interés general supone la nulidad del acto realizado en su contravención, esté o no inscrita[35], y sea o no de buena fe el adquirente.

Por el contrario, para la plena eficacia de las limitaciones legales de interés privado, deben estar inscritas en el Registro de la propiedad, pues de lo contrario no producen efecto frente a adquirentes de buena fe. Sólo si están inscritas se produce la nulidad frente a tercero de buena fe. Por eso la ley fomenta su inscripción. Ordena que estén inscritas, y si no lo están no perjudican a terceros.

Las limitaciones legales de interés privado se acercan a las limitaciones legales de interés general en cuanto a la nulidad del acto realizado en su contravención, pero se acercan a las limitaciones convencionales del dominio —*iura in re aliena* convencionales— en que se exige su inscripción en el Registro para su plena oponibilidad frente a terceros.[36]

Es el caso de lo dispuesto en el artículo 1320 C.C. que recoge la prohibición de disponer el domicilio familiar sin consentimiento de ambos cónyuges, aunque sea titularidad de uno de ellos. Según este artículo:

"Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial.

La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe".

Esta limitación dispositiva se extiende a los supuestos de nulidad, separación o divorcio en los que el derecho de uso se ha atribuido —por convenio entre los excónyuges o en su defecto por resolución judicial— al cónyuge en cuya compañía quedan los hijos.

Por su parte el artículo 96 C.C. dispone lo siguiente:

"En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes.

A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de disca-

pacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación.

(…) Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial.

Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad.

La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe".

La jurisprudencia del TS y de la DGSJFP ha ido perfilando el derecho de uso atribuido al cónyuge no propietario como un derecho oponible a terceros y, como tal, inscribible en el Registro de la Propiedad. Por otra parte, se ha ido abriendo la posibilidad en la doctrina de la DG de que el derecho de uso se atribuya no al cónyuge en cuya compañía quedan los hijos, sino a estos directamente, siempre que se indiquen las circunstancias identificativas de los hijos.[37]

Con independencia de que sea o no un derecho real, lo cierto es que en todo caso constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario, con efectos "erga omnes", por lo que debe tener acceso al Registro, a fin de evitar que una eventual manifestación falsa de dicho propietario, en caso de disposición, provoque la aparición de un tercero protegido por el art. 34 LH. Y debe cumplir con la premisa del tracto sucesivo, esto es, que el inmueble esté inscrito en favor del ex cónyuge gravado[38].

IX. NECESIDAD DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE LAS LIMITACIONES VOLUNTARIAS DEL DOMINIO

Junto a las limitaciones legales del dominio, sean de interés general o privado, existen limitaciones voluntarias del dominio. Los titulares del derecho de propiedad pueden establecer de forma voluntaria las limitaciones que estimen convenientes del ejercicio de las facultades que comporta, sin otros límites que los establecidos por las leyes.

Las limitaciones voluntarias constituyen los derechos reales limitados y se rigen por la autonomía de la voluntad con los límites de la ley, la moral y el orden público (artículo 1255 C.C.). Por esta vía se pueden constituir servidumbres, derechos de uso, habitación, usufructo, vuelo, superficie, censos, derechos de preferente adquisición (tanteo y retractos convencionales) y derechos de garantía (prenda, hipoteca, anticresis).

Como se ha dicho, el dominio se presume naturalmente libre (a salvo las limitaciones legales que delimitan su contenido), por lo que las prohibiciones

o limitaciones voluntarias a la transmisibilidad del dominio son objeto de interpretación estricta, necesitan que exista causa justificativa para imponerlas, y no pueden ser indefinidas.

Son estas últimas —las limitaciones voluntarias—, al igual que hemos visto respecto de las limitaciones legales de interés privado, las que no son oponibles a terceros si no están inscritas en el Registro de la propiedad.

Rige aquí plenamente el principio de inoponibilidad (ex artículo 32 LH) de manera que las limitaciones convencionales no inscritas no perjudican a tercero que confía en el Registro e inscribe su derecho.

Dentro de estos derechos limitados, donde el papel del Registro de la propiedad es esencial en la delimitación de su contenido, figuran las tenencias intermedias.

X. TENENCIAS INTERMEDIAS PARA LA ADQUISICIÓN DEL DOMINIO

Las formas normales de adquirir son las contempladas en el artículo 609 CC., según el cual la propiedad se adquiere por la ocupación. La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Pueden también adquirirse por medio de la prescripción.

La ocupación es una modalidad prevista para la adquisición de la propiedad de bienes muebles, pero nunca para los inmuebles, ya que los bienes vacantes pertenecen al Estado[39].

La posesión en concepto de dueño sólo es modo de adquirir si reúne los requisitos necesarios para la usucapión ordinaria (justo título y buena fe) o extraordinaria (sin necesidad de justo título y buena fe cuando la posesión es ininterrumpida durante treinta años) y requiere para su inscripción en el Registro de la propiedad una declaración judicial en procedimiento declarativo al efecto, sin que sea suficiente un expediente de dominio notarial, que exige siempre un título escrito de dominio para acreditar la propiedad (véase artículo 203 LH).

Las formas normales, más frecuentes, son la adquisición inter vivos a través de contratos de finalidad traslativa (como la compraventa), o la adquisición mortis causa (herencia o legado). Pero modernamente se han ido abriendo camino formas intermedias de adquisición de la propiedad., en las que —como luego veremos— la inscripción en el Registro de la propiedad es esencial, como único medio de ser conocidas.[40]

Tenencias intermedias son a mi juicio todos aquellos derechos reales que facultan para el uso y tenencia de un inmueble y que permiten acceder gradualmente al pleno dominio del mismo.

Veamos alguna de ellas:

a) la venta a plazos con facultad de resolver en caso de impago. Facilita la financiación de la adquisición de vehículos con matrícula o número de identificación, por lo que es muy frecuente en materia mobiliaria. Se rige por lo dispuesto en la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, desarrollada por la Orden de 19 de julio de 1999, por la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

En la venta a plazos puede pactarse una reserva de dominio en favor del vendedor —lo que conlleva una prohibición legal de disponer por parte del comprador del bien hasta su completo pago—. El vendedor puede ceder la reserva de dominio en favor del financiador, caso de que sean personas o entidades distintas vendedor y financiador. Se acude por tanto a una ficción legal, como es la cesión de la reserva de dominio por parte del vendedor en favor del financiador.

La DGSJFP considera esta reserva de dominio una verdadera atribución de la propiedad a favor del vendedor o financiador que se la ha reservado, de manera que procede suspender todo embargo de dominio que se dirija contra el comprador, pues a este se puede embargar su posición jurídica de comprador, pero no la de propietario que no lo es[41].

Sin embargo, la jurisprudencia en sede concursal matiza esta idea y atribuye a la reserva de dominio el tratamiento de una mera garantía, sin derecho de separación en caso de concurso del comprador. Así CANO MARCO y MARTIN MARTÍN, recogen jurisprudencia según la cual, en caso de concurso del comprador, considera que deben inventariarse como bienes de éste y realizarse dentro del procedimiento concursal, si bien el vendedor con reserva de dominio debe ser considerado como acreedor con privilegio especial[42]. En concreto destacan la STS de 16 de marzo de 2007, según la cual el pacto de reserva de dominio opera como mera garantía del vendedor, para asegurarse el pago del precio aplazado. Pero la reserva de dominio, aunque estuviera inscrita, no es oponible en el concurso para ejercer el derecho de separación, pues no concede al vendedor derecho de disposición sobre el bien, ni impide al deudor transmitir voluntariamente o forzosamente (vía de apremio) su derecho a un tercero.

A través de la inscripción registral (en el Registro de Bienes Muebles tratándose de bienes muebles) puede conocerse esta situación de tenencia intermedia que produce la reserva de dominio. El vendedor no puede transmitir a terceros el bien, mientras el comprador esté al corriente del pago.

En materia inmobiliaria la venta a plazos es también una modalidad frecuente de adquisición, en la que puede garantizarse el precio aplazado con hipoteca o condición resolutoria explícita (artículos 1504 C.C., 11 LH y 59 RH). Supone un caso excepcional de pacto comisorio, en favor del acreedor, si bien la doctrina de la DGSJFP siempre ha exigido proporcionalidad, de manera que no puede

reinscribirse en favor del vendedor el inmueble sin consignación de lo recibido (ex artículo 175.6), no cabe reinscripción automática si el comprador se opone en el requerimiento alegando incumplimiento por el vendedor, y no se admiten con consumidores pactos de renuncia a la moderación judicial.

También en materia inmobiliaria podría pactarse la reserva de dominio, como ha reconocido la DGSJFP. En este caso no cabrían embargos del dominio por deudas del comprador, ni tampoco embargo de la propiedad por deudas del vendedor, admitiéndose tan sólo el embargo de la posición jurídica de uno y otro —que no es la de propietario, sino una tenencia intermedia—. Lo mismo como ocurre también en los supuestos de transmisión fiduciaria. [43]

b) el arrendamiento financiero con opción de compra (leasing) es también una modalidad de adquisición en la que se financia el valor del bien adquirido. Al igual que el caso anterior no existe adquisición inmediata del bien, sino que la adquisición se produce cuando se finaliza el pago de las cuotas de amortización del bien. El adquirente paga una cuota mensual por la utilización del bien, que incluye también una parte de amortización del préstamo obtenido para la financiación de la adquisición. Entretanto el verdadero propietario es el arrendador financiero[44], si bien la posición jurídica del arrendatario financiero es también inscribible en el Registro de la propiedad, dada su trascendencia real.

En efecto, a diferencia de la venta a plazos con reserva de dominio, en el arrendamiento financiero la propiedad claramente se reconoce, incluso en caso de concurso, en favor del arrendador. Como señalan CANO MARCO y MARTÍN MARTIN, en el plan de liquidación no se incluyen los bienes objeto de leasing al pertenecer a las entidades arrendadoras. Los bienes objeto de leasing pertenecen a las entidades financiadoras o arrendadoras, y el arrendatario sólo tiene un derecho de uso al que se le une una opción de compra.[45]

En realidad, el *leasing* no es una mera suma de un arrendamiento y una opción de compra, sino un negocio jurídico de financiación de naturaleza compleja y causa unitaria, por lo que no cabe novación por sustitución del deudor sin consentimiento del acreedor. Como señala la DGSJFP el derecho de arrendamiento financiero no puede ser calificado sino de derecho real, en cuanto recae directamente sobre la cosa, resulta oponible erga omnes, y reúne los requisitos estructurales configuradores de este tipo de derechos.[46]

Tanto la posición jurídica del arrendador financiero como del arrendatario, son susceptibles de transmisión y gravamen, y por tanto embargables e hipotecables.

c) opciones de compra en favor del acreedor. La opción de compra es algo más que una mera promesa de venta, pues es un verdadero contrato que faculta al optatario para ejercer la opción por su voluntad, si decide adquirir el bien. Cuando hay consumidores tienen el límite de que no se puede contravenir la pro-

hibición de pacto comisorio (el acreedor no se puede quedar con la cosa dada en garantía ex artículo 1859 C.C.). Pero entre comerciantes sí se permite pactar fórmulas de resolución unilateral o comiso o de opciones de compra en garantía. El pacto marciano, que supone la valoración inicial del bien (evitando por tanto que el contrato quede al arbitrio de uno de los contratantes) favorece la posibilidad de adquisiciones en virtud de opciones de compra en garantía. Eso sí es necesario la fijación de un procedimiento objetivo de fijación de valor que no dependa del acreedor optatario.[47]

Estas opciones de compra en funciones de garantía, son supuestos también de tenencias intermedias que sólo son susceptibles de ser conocidas por terceros vía inscripción en el Registro de la propiedad.

d) fideicomisos. La figura del fideicomiso en una modalidad de adquisición de propiedad, de manera que surge un propietario formal o aparente (fiduciario), mientras que en las relaciones internas prevalece la propiedad material o real (fideicomitente).

La legislación hipotecaria española contempla la posibilidad de adquisiciones con la finalidad de invertirlos en objeto determinado (artículo 2.3 LH), aunque son más frecuentes en Latinoamérica por influencia de EEUU. La DGFPSJ ha admitido la inscripción en el Registro de la propiedad de las adquisiciones fiduciarias, en aquellos territorios forales donde tal figura está admitida como en Aragón y Navarra.[48] E incluso la doctrina más moderna y autorizada como MATERO VILLA, defienden el acceso al Registro de la propiedad del fideicomiso tipo trust.[49]

d) Una modalidad intermedia de propiedad, que da gran dinamismo y rentabiliza mucho la vivienda sobre la que recae, es el aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles. Permite compartir por turnos la propiedad, en las semanas previstas estatutariamente, y no deja de ser un derecho transmisible y heredable.

En Europa el *timesharing* tiene un gran volumen de contratación, aunque ha sido objeto de directivas comunitarias para evitar que haya mala información en su comercialización.

La figura, inicialmente configurada por la práctica notarial y registral al amparo de la libertad de configuración de nuevos derechos reales, se abrió camino bajo la denominación de multipropiedad, si bien finalmente ha tenido reconocimiento legal al amparo de la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, en trasposición de diversas directivas en materia de protección de consumidores.

Se trata de un derecho real limitado, distinto del dominio —no puede denominarse como propiedad—, de carácter temporal tanto en su duración como en su objeto —recae sobre semanas de aprovechamiento—, de inscripción constitutiva en el Registro de la propiedad y en la que el contrato que lo genera, en

beneficio del consumidor, es susceptible de desistimiento en el plazo legal. Todo ello le da un carácter distinto al de los demás derechos reales.

e) Menor aplicación en la práctica tienen otras modalidades de tenencias intermedias, como son la propiedad temporal y la propiedad compartida.

NASARRE Y SIMÓN[50] consideran que son una tercera vía que supera la dicotomía entre el alquiler y la propiedad; permiten a través de la iniciativa pública y/o privada, que los propietarios abran sus inmuebles vacíos al mercado; y que liberan de la provisionalidad del alquiler y la onerosidad de la propiedad.

Distinguen estos autores entre las tenencias intermedias tradicionales, que ya se contemplan en nuestro Derecho civil, como el alquiler con opción a compra, el usufructo, la superficie, y las nuevas tenencias intermedias, más próximas al derecho anglosajón, como son la propiedad temporal y la propiedad compartida.

Se trata por tanto de supuestos de dominio dividido, sea por tiempo, o sea compartido por cuotas, pero, en definitiva, propiedad, lo que hace que sean más atractivas para su titular, que ve como tiene una titularidad dominical sobre ese inmueble, lo que le otorga mayor estabilidad y seguridad que es lo que se busca a la hora de acceder a una vivienda. Por otra parte —siguen afirmando estos autores— al tratarse de dominio dividido, el acceso al mismo es más barato, no debe realizarse tanto esfuerzo para acceder a él, pero, a la vez, admite fórmulas de financiación y garantías propias del dominio, lo que supone ventajas económicas para los titulares.

Estas tenencias intermedias «modernas» se introducen en la Ley 19/2015, de 29 de julio, de incorporación de la propiedad temporal y compartida al libro quinto del Código Civil de Cataluña. En el preámbulo de esta ley se establece su finalidad, diciendo que «La introducción de estas modalidades de dominio obedece, principalmente, al propósito de aportar soluciones al problema del acceso a la propiedad de la vivienda, flexibilizando las vías de adquisición, ofreciendo fórmulas que permitan abaratar o minorar los costes económicos y respetando la naturaleza jurídica del derecho de propiedad, de conformidad con la tradición jurídica propia». De igual forma, se establece claramente que su naturaleza jurídica es la del derecho de propiedad, siendo la propiedad temporal «una modalidad de propiedad a plazo» y la compartida «implica una concurrencia de titularidades»; ambas, por tanto, con plena eficacia real, y con inspiración o semejanza en otras instituciones catalanas que desarrollan como son la donación con cláusula de reversión, la sustitución fideicomisaria, o algunos censos o supuestos de propiedad dividida. El legislador común no las ha introducido ni regulado.

La propiedad compartida (art. 556-1 a 556-12 CCC) consiste en la adquisición gradual de la propiedad de una vivienda o de cualquier otro bien inmueble o mueble identificable sin perder las facultades y ventajas de ser propietario. Es decir, el comprador (o propietario material) adquiere un porcentaje de la propiedad

de la vivienda del vendedor (o propietario formal), y este retiene la propiedad de la parte que el primero no ha adquirido y por la cual cobrará una contraprestación económica periódica.

Así, aunque se trata de una situación de comunidad, donde coexisten dos propietarios, lo interesante y atractivo de esta figura es que el propietario material (el comprador) tiene la posesión, uso y disfrute exclusivo del bien y, por lo tanto, es propietario "absoluto" a efectos prácticos.

El propietario formal (el vendedor) tiene derecho a recibir el precio por la venta y a exigirle el pago de una contraprestación económica a modo de renta (si se ha acordado) por la parte que retiene, la cual se irá reduciendo a medida que el comprador adquiera más porcentaje de propiedad. Así, como el comprador tiene el derecho exclusivo de uso y disfrute del bien, todos los gastos (reparación, conservación, mantenimiento, tributos ordinarios…) irán a su cargo, salvo alguna excepción.

El propietario material va adquiriendo más porcentaje de propiedad hasta llegar al 100 %; opción que puede pactarse, o puede ejercitarse libremente, a medida que él quiera, hasta el número de años pactado o, en su defecto, hasta 99 años. Este es un derecho del propietario material que no puede excluirse.

f) Otra forma de propiedad introducida por la Ley 19/2015 es la propiedad temporal (art. 547-1 a 547-10 CCC), que fue recurrida ante el Tribunal Constitucional, que la declaró ajustada a la Constitución española y vinculado a las competencias de la Generalitat por analogía con la enfiteusis catalana.[51]

En este caso, la propiedad temporal permite la adquisición de la propiedad total del bien durante un plazo determinado, en inmuebles, entre diez y noventa y nueve años. Supone por tanto un cambio radical al concepto tradicional de propiedad, que en principio es indefinido.

Durante el plazo acordado, solo existirá un propietario (ej. el comprador), que tendrá todas las facultades dominicales: usar y disfrutar del bien, vender su parte de propiedad temporal, hipotecarla, darla en herencia, etc., facultades solamente limitadas por el plazo de duración de la propiedad temporal.

Al finalizar este plazo, la propiedad del bien revertirá de forma gratuita al vendedor del inmueble o a la persona a la que el vendedor haya transmitido este derecho.

Dada la pérdida de control sobre la administración del inmueble ha hecho que estas tenencias intermedias modernas no hayan tenido mucha aplicación práctica en España (no sólo en Cataluña sino en ninguna parte del territorio nacional).

En cualquier caso, todas ellas se rigen por la necesidad de inscripción en el Registro de la propiedad para la plena protección del adquirente, por lo que no

puede tampoco en este ámbito de las tenencias intermedias hablarse de vivienda digna, si no están inscritas en el Registro de la propiedad.

En muchas de sus modalidades puede incluso afirmarse que la inscripción es constitutiva, pues sin inscripción no se conoce el grado de adquisición de la propiedad (propiedad temporal o compartida). Nadie puede sostener que estas tenencias intermedias puedan circular y transmitirse al margen del Registro pues sólo a través de este se conoce su contenido.

Un adecuado sistema jurídico, debe contemplar fórmulas flexibles para fomentar la adquisición gradual de la propiedad. Pero lo cierto es que todas estas tenencias intermedias deben estar inscritas en el Registro de la propiedad, con carácter constitutivo, pues de lo contrario no sería posible conocer su extensión y contenido[52].

El contenido del derecho de propiedad, como hemos estudiado anteriormente, tiene un contenido legal típico determinado legalmente y delimitado por las limitaciones legales que le afectan, en aras de la función social de la propiedad.

Pero lo que importa ahora destacar, a los efectos de este estudio, es que, en las tenencias intermedias, no hay un contenido legal típico, sino que se modula convencionalmente con mayor o menor extensión según lo pactado por las partes.

De ahí que sólo lo inscrito en el Registro de la propiedad determina su contenido, pues no existe un haz de facultades predeterminado legalmente que pueda ser conocido por los adquirentes. Estos necesariamente deben acudir al Registro de la propiedad para conocer la extensión y alcance del derecho que pretenden inscribir. Una prueba más de que el acceso a la información del Registro de la propiedad forma parte del contenido esencial del dominio.

XI. ESPECIALES OBLICACIONES DE INFORMACIÓN SOBRE LA PROPIEDAD.

Uno de los deberes que impone al propietario la ley de vivienda (que es un derecho correlativo del comprador o adquirente) es el de información.

Conforme al artículo 31 de la ley de la vivienda es imponen al vendedor o arrendador especiales obligaciones de información hacia el comprador o inquilino en las operaciones de compra y arrendamiento de vivienda.

La persona interesada en la compra o arrendamiento de una vivienda que se encuentre en oferta podrá requerir, antes de la formalización de la operación y de la entrega de cualquier cantidad a cuenta, la siguiente información, en formato accesible y en soporte duradero, acerca de las condiciones de la operación y de las características de la referida vivienda y del edificio en el que se encuentra:

a) Identificación del vendedor o arrendador y, en su caso, de la persona física o jurídica que intervenga, en el marco de una actividad profesional o empresarial, para la intermediación en la operación.
b) Condiciones económicas de la operación: precio total y conceptos en éste incluidos, así como las condiciones de financiación o pago que, en su caso, pudieran establecerse.
c) Características esenciales de la vivienda y del edificio, entre ellas:
   1.º Certificado o cédula de habitabilidad.
   2.º Acreditación de la superficie útil y construida de la vivienda, diferenciando en caso de división horizontal la superficie privativa de las comunes, y sin que pueda en ningún caso computarse a estos efectos las superficies de la vivienda con altura inferior a la exigida en la normativa reguladora.
   3.º Antigüedad del edificio y, en su caso, de las principales reformas o actuaciones realizadas sobre el mismo.
   4.º Servicios e instalaciones de que dispone la vivienda, tanto individuales como comunes.
   5.º Certificado de eficiencia energética de la vivienda.
   6.º Condiciones de accesibilidad de la vivienda y del edificio.
   7.º Estado de ocupación o disponibilidad de la vivienda.
d) Información jurídica del inmueble: la identificación registral de la finca, con la referencia de las cargas, gravámenes y afecciones de cualquier naturaleza, y la cuota de participación fijada en el título de propiedad.
e) En el caso de tratarse de vivienda protegida, indicación expresa de tal circunstancia y de la sujeción al régimen legal de protección que le sea aplicable.
f) En caso de edificios que cuenten oficialmente con protección arquitectónica por ser parte de un entorno declarado o en razón de su particular valor arquitectónico o histórico, se aportará información sobre el grado de protección y las condiciones y limitaciones para las intervenciones de reforma o rehabilitación.
g) Cualquier otra información que pueda ser relevante para la persona interesada en la compra o arrendamiento de la vivienda, incluyendo los aspectos de carácter territorial, urbanístico, físico-técnico, de protección patrimonial, o administrativo relacionados con la misma.

Cuando la vivienda que vaya a ser objeto de arrendamiento como vivienda habitual se encuentre ubicada en una zona de mercado residencial tensionado, el propietario y, en su caso, la persona que intervenga en la intermediación en la operación deberá indicar tal circunstancia e informar, con anterioridad a la formalización del arrendamiento, y en todo caso en el documento del contrato, de la

cuantía de la última renta del contrato de arrendamiento de vivienda habitual que hubiese estado vigente en los últimos cinco años en la misma vivienda, así como del valor que le pueda corresponder atendiendo al índice de referencia de precios de alquiler de viviendas que resulte de aplicación.

Vemos por tanto que la situación registral es una información esencial para el comprador o arrendatario, y que en definitiva el Registro de la propiedad facilita este deber legal de facilitar información sobre la situación jurídica del inmueble y de disponibilidad sobre el mismo. Y esto en relación a cualquier adquirente, no sólo que tenga la condición de consumidor. Tratándose de consumidores, la referencia al Registro aún es más específica, en el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, al exigirse dar información de los datos identificadores de la inscripción del inmueble en el Registro de la Propiedad o expresión de no hallarse inscrito en el mismo.

XII. LA CONVENIENCIA DE UNA INFORMACIÓN COMPLETA Y CENTRALIZADA A TRAVÉS DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Así estudiado el derecho de dominio es un derecho que ya no se puede afirmar que sea absoluto o ilimitado, ni siquiera en los países menos socialistas, más liberales.

De lo que nadie discute es del derecho de información sobre la vivienda que asiste a la población. Tanto de las viviendas sociales, de VPO, sujetas a zonas de mercado tensionado, como de las limitaciones existentes sobre las mismas.

Las limitaciones voluntarias o convencionales sobre el dominio (cargas o derechos reales limitados constituidos en escritura pública como regla general, como son el usufructo, servidumbres, derechos de vuelo, superficie, censos, hipotecas convencionales, anticresis; o por resolución judicial como el estudiado derecho de uso en caso de nulidad, separación y divorcio) sí son publicadas por el registro, y en ellas rige el principio de inoponibilidad: lo no inscrito no perjudica a tercer adquirente (artículo 32 LH).

Pero tratándose de limitaciones legales —hemos visto que son muchas, tanto de interés general como privado— donde opera la eficacia directa sin necesidad de inscripción, el Registro de la propiedad debería estar en coordinación con las instituciones urbanísticas o de vivienda de las que derivan tales limitaciones, para que el posible adquirente de la vivienda tenga un conocimiento completo de la situación jurídica del inmueble.

Así ocurre por ejemplo en materia urbanística, donde en principio las administraciones públicas actuantes tienen obligación de hacer constar el planeamien-

to urbanístico, los actos de equidistribución en desarrollo de los planes urbanísticos (reparcelaciones y demás actos de reorganización de la propiedad), y las medidas de actuación en materia de disciplina urbanística.

También en materia de VPO se prevén convenios con notarios y registradores, como hemos visto contempla el artículo 16 de la ley de vivienda española de 2023.

Ocurre finalmente también en materia medio ambiental, donde el Registro puede servir de publicidad de las limitaciones legales derivadas de la infracción de la legislación medioambiental. Así en España las personas físicas o jurídicas propietarias de fincas están obligadas, con motivo de la transmisión de cualquier derecho real sobre los mismos, a declarar en el título en el que se formalice la transmisión si se ha realizado o no en la finca transmitida alguna actividad potencialmente contaminante del suelo. Dicha declaración será objeto de nota marginal en el Registro de la Propiedad. Esta manifestación sobre actividades potencialmente contaminantes habrá de realizarse también por el propietario en las declaraciones de obra nueva por cualquier título. Este apartado será también de aplicación a las operaciones de aportación de fincas y asignación de parcelas resultantes en las actuaciones de ejecución urbanística.[53]

Además, las Comunidades Autónomas puede declarar mediante resolución expresa esos suelos contaminados. La declaración de suelo contaminado será objeto de nota marginal en el Registro de la Propiedad. Esta nota marginal se cancelará cuando la comunidad autónoma correspondiente declare que el suelo ha dejado de tener tal consideración, tras la comprobación de que se han realizado de forma adecuada las operaciones de descontaminación y recuperación del mismo.

Los registradores comunicarán de modo telemático a las comunidades autónomas, las notas marginales que se practiquen en el Registro de la Propiedad referidas a la contaminación de los suelos. Asimismo, comunicarán esta información al propietario de los suelos.[54]

En definitiva, el Registro de la propiedad tiene que ser el instrumento principal de información sobre la situación jurídica de un inmueble, y además de la titularidad de la propiedad y demás derechos reales sobre inmuebles, constituidos en el ámbito contractual privado, debería facilitar también las limitaciones legales impuestas en otros ámbitos administrativos, como ocurre en materia urbanística, fiscal, VPO, etcétera.

XIII. CONCLUSIONES

I. La propiedad es el derecho real más amplio que existe sobre las cosas, sean bienes muebles o inmuebles. Su núcleo esencial abarca las facul-

tades de usar, disfrutar, gravar, enajenar y reivindicar. Se rige por los principios de generalidad, abstracción y elasticidad del dominio, de manera que, una vez cancelados los derechos reales sobre cosa ajena, recobran su natural contenido.

II. La propiedad es un derecho real típico, cuyo contenido está determinado legalmente (con relación a la vivienda lo hace la ley de vivienda de 2023), sin necesidad de especificar en el título de constitución las facultades que lo integran. En esto se diferencia de los derechos reales atípicos, donde la determinación del objeto del derecho en el título constitutivo es requisito indispensable para el acceso al Registro de la propiedad en base al principio de especialidad.

III. Como todos los derechos reales, para su plena oponibilidad *erga omnes* deben estar inscritos en el Registro de la propiedad, como se demuestra por la protección que el ordenamiento jurídico dispensa al adquirente a título oneroso y de buena fe de titular registral, que inscribe su derecho (artículo 34 LH), incluso en los casos de doble venta o venta de cosa ajena (STS 7 de marzo 2007). En este sentido la legislación hipotecaria modificó la teoría del título y el modo en relación a terceros, manteniéndola sólo inter-partes.

IV. La función social de la propiedad delimita su contenido, en función de los intereses generales de todos los ciudadanos, imponiendo limitaciones legales a su ejercicio que no siempre son idénticas en toda clase de bienes.

V. Existen diversos estatutos jurídicos de la propiedad pues las limitaciones legales son distintas según la naturaleza de los bienes. Así en materia agraria o terrenos rústicos está justificada la imposición de prohibiciones de inversión por ciudadanos no nacionales pertenecientes a países donde no existe principio de reciprocidad y por tanto no se permiten inversiones extranjeras; o en materia de urbanismo, donde no son iguales las facultades de los propietarios en suelo rural o urbano.

VI. De modo específico está justificada la imposición de limitaciones legales en materia de vivienda, dada la función social que está llamada a desempeñar. En este sentido en la ley de vivienda en España se establecen legalmente limitaciones en el precio de venta de viviendas protegidas o de protección oficial, prohibición de que tales viviendas estén desocupadas, límites a los arrendamientos en zonas de precios tensionados, tanteos y retractos a favor de la Administración, limitaciones derivadas de obligaciones urbanísticas, inalienabilidad de bienes demaniales, etc.

Las limitaciones impuestas en la ley de vivienda no han llegado a afectar al núcleo esencial de la propiedad según el Tribunal Constitucional, pero lo cierto es que en materia de arrendamientos han producido el efecto contrario al pretendido, que ha sido la restricción y alza de precios en el mercado de alquiler.

VI. Las limitaciones legales del dominio que hacen efectiva la función social de la propiedad pueden ser de interés general o de interés privado y aunque su contravención determina la nulidad del acto dispositivo, sólo las primeras son oponibles frente a tercero de buena fe sin necesidad de inscripción en el Registro.

VIII. Las limitaciones legales de interés general que delimitan el contenido del dominio tienen su eficacia al margen del Registro de la propiedad, como limitaciones legales que son. Pero un buen sistema jurídico, para favorecer y centralizar la información en favor de terceros adquirentes, debe fomentar el acceso de tales limitaciones al Registro de la propiedad a efectos informativos. Las bases gráficas registrales asociadas, son un instrumento esencial para favorecer ese conocimiento general de las restricciones legales del dominio por razón de territorio.

En efecto, aunque el principio de no oponibilidad de lo no inscrito se limite a los derechos reales limitados constituidos convencionalmente y aunque las limitaciones legales de interés general tengan oponibilidad frente a tercero, aunque no se inscriban, es conveniente facilitar su conocimiento a través de la institución registral.

En España esto se está consiguiendo a través de convenios con las Administraciones Públicas (por ejemplo, en materia de VPO) y a través de la incorporación de bases gráficas asociadas (demanio público, zonas marítimo-terrestres, urbanismo, información medio ambiental).

IX. Las limitaciones legales de interés privado se acercan a las de interés general es que están impuestas por ley, y que en principio determinan la nulidad del acto realizado en su contravención. Pero eso sólo es plenamente así si están inscritas, pues de lo contrario no son oponibles a terceros de buena fe.

Es el caso de las limitaciones por razón de vivienda familiar habitual del artículo 1320 C.C. y del derecho de uso constituido ex artículo 96 C.C. en las situaciones de crisis familiar. En esto se acercan a las limitaciones convencionales de dominio, donde rige plenamente el principio de inoponibilidad frente a tercero de lo no inscrito (artículo 32 LH).

X. En todo caso, los sistemas jurídicos deben respetar un mínimo de contenido al derecho de propiedad. Así un contenido mínimo nuclear de la

propiedad debe abarcar el derecho a la previa indemnización en caso de expropiación, el derecho de goce, la facultad de disposición y el derecho a la herencia. Pero también el derecho de acceso al Registro de la propiedad.

XI. No puede existir una vivienda digna si no se provee al titular del dominio de un título de propiedad inscrito en el Registro de la propiedad y el derecho a la información sobre la situación jurídica del inmueble. El mayor valor económico de los inmuebles se alcanza cuando el propietario tiene inscrito su derecho en el Registro de la propiedad, máxime si también tiene inscrita la representación georreferenciada de su finca y está coordinada con el Catastro, pues en tal caso el principio de legitimación registral (que presume el dominio en el titular registral en los términos señalados por el Registro), así como los principios de prioridad, inoponibilidad de lo no inscrito y fe pública registral, se extienden también a los datos físicos, como situación y superficie.

XII. Forma por tanto parte del derecho esencial de la propiedad, el derecho de información a los ciudadanos sobre la extensión de su derecho de propiedad y de las limitaciones existentes sobre fincas concretas, sean convencionales o legales impuestas por la Administración pública, lo que incluye el acceso de sus títulos al Registro de la propiedad y el derecho a la publicidad formal registral.

La ley de vivienda en España sanciona como derecho esencial del propietario el derecho de consulta a las Administraciones competentes, sobre la situación urbanística de la vivienda y del edificio en que se ubica, que comprende lógicamente su situación jurídica y registral.

XIII. El Registro de la propiedad debe ser el centro de información centralizada de la situación jurídica de los inmuebles, incluyendo no sólo los derechos reales limitados convencionalmente pactados (en los que rige el principio de inoponibilidad de lo no inscrito), sino también de las limitaciones legales que puedan afectar a la vivienda o el inmueble en general (que tienen eficacia erga omnes sin necesidad de inscripción pero en las que es conveniente que exista una coordinación con el Registro para facilitar al ciudadano su conocimiento y por ende la mejor eficacia de tales limitaciones legales). Esto se consigue a través de las bases gráficas registrales asociadas, que son un instrumento esencial para la calificación registral y para el mejor cumplimiento de las limitaciones legales de dominio, y por tanto para la plena efectividad de la función social de la propiedad.

XVI. Las tenencias intermedias deben estar inscritas en el Registro de la propiedad, con carácter constitutivo, pues de lo contrario no sería po-

sible conocer su extensión y contenido. Nadie puede sostener que las tenencias intermedias puedan circular y transmitirse al margen del Registro pues sólo a través de este se conoce su contenido. Una prueba más de que el acceso a la información del Registro de la propiedad forma parte del contenido esencial del dominio.

XV. En síntesis, el Registro de la propiedad;

a) garantiza la circulación segura de los *property rights* típicos sobre la vivienda y demás bienes inmuebles inscritos, evitando los riesgos de evicción;
b) permite el conocimiento de la extensión y contenido de los derechos reales atípicos, tenencias intermedias y limitaciones legales de interés privado sin cuya inscripción no son eficaces frente a terceros de buena fe;
c) atribuye plena eficacia *erga omnes* a los derechos reales, modalizando en esto la teoría del título y el modo, que sólo se mantiene inter-partes;
d) facilita a través de las representaciones gráficas incorporadas al folio real y de las bases gráficas asociadas previstas en las leyes y convenios con las Administraciones Públicas, el conocimiento de las limitaciones legales afectantes al dominio;
e) da a conocer la extensión del derecho de propiedad delimitado por la función social de la propiedad según su estatuto propio;
f) fomenta el cumplimiento por todos de las limitaciones legales de interés público, en especial la protección del demanio público;
g) dota a la propiedad de su máximo valor, especialmente cuando además de la inscripción del derecho de dominio se incorpora al folio real la representación gráfica de los datos físicos, pues en tal caso se extienden a estos los principios registrales;
h) Por todo ello el Registro de la propiedad forma parte del núcleo esencial del dominio, que no sería pleno sin inscripción.

XIV. BIBLIOGRAFÍA

ACEDO-RICO HENNING, F. *Registro de la propiedad y vivienda,* Editorial Machado, Madrid 2020, edición ampliada en 2023.

BALLESTEROS ALONSO, M. (2017). Comentario a la propiedad compartida, en *Derechos reales de Cataluña. Comentarios al libro quinto del Código Civil de Cataluña,* Tomo I, [Valle Muñoz, J.L. y Arnáiz Ramos, R. (coordinadores)], Atelier, Barcelona, 789-834.

CANO MARCO y MARTIN MARTÍN, *Manual de buenas prácticas concursales y registrales*, Thomson Reuters, 2016

DELGADO RAMOS, J. *Georreferenciación de fincas registrales y su coordinación con el Catastro,* Ed, Aferre, Barcelona 2022.

ESQUIROL JIMÉNEZ, V. *La realidad física de la finca en la escritura pública, Registro y Catastro (*prólogo GÓMEZ GÁLLIGO, F.J.), Editorial Tirant Lo blanh, Valencia 2022.

FANDÓS PONS, P. *Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 768, 2018.

FENECH RAMOS. J. *Efectos jurídicos de la constancia en el Registro de la propiedad de datos de hecho,* Tesis doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga, diciembre 2023.

GARCÍA TERUEL, R.M. y NASARRE AZNAR. S. *Quince años sin solución para la vivienda: la innovación legal y la ciencia de datos en política de vivienda,* Revista Crítica de Derecho inmobiliario número 789, 2022 páginas 183-223.

GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. "*Influencia de la legislación hipotecaria en la teoría del título y el modo",* Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 97, Nº 784, 2021, págs. 965-987

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., *Vivienda, nuevas formas de tenencia y Registro de la Propiedad,* Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N.º 792, págs. 2312 a 2329. Año 2022

IZQUIERDO GRAU, G. (2019). Aspectos registrales e hipotecarios de la propiedad temporal y la propiedad compartida del Código Civil de Cataluña. In Dret, 3/2019, 1-46.

JIMENEZ GALLEGO, C. *La nueva coordinación realidad Catastro-Registro,* Tirant lo blanch, Valencia 2016.

LAMBEA LLOP, N. (2017). *Concepto, objeto, régimen jurídico y facultades en la propiedad compartida*, en *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos* [Nasarre Aznar, S. (coord.)], Tirant lo Blanch, Valencia, 221-246.

MARTÍN BRICEÑO, M.R. (2017). *La propiedad temporal y la propiedad compartida*. Actualidad Civil, núm. 10, octubre, 1-15.

MATEO VILLA, I. *De la fiducia gestión*, Revista Crítica de Derecho inmobiliario, número 707, noviembre-diciembre 2007.

MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. *"Evolución institucional de los sistemas de transmisión onerosa"*, Editorial Tirant Lo Blanch*,* Valencia 2023

MOLL DE ALBA LACUVE, CH. *La propiedad superficiaria, la propiedad temporal y la propiedad compartida como formas alternativas para la adquisición de vivienda*, en Nuevo derecho de propiedad inmobiliaria en Iberoamérica, (Goñi Rodríguez de Almeida, M., Editora), Tirant lo Blanch, 2022.

NASARRE AZNAR, S. y SIMÓN MORENO, H. (2013). *Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda.* Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 739, 3063-3122.

NASARRE AZNAR, S., *La nueva ley de la vivienda no va a proteger a las personas vulnerables,* Diario del Derecho, Iustel, 3 de mayo de 2023. https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1232928

PRADO GASCÓ, V. *El aspecto formal de la variante gráfica como un nuevo enfoque metodológico en el registro inmobiliario del S. XXI,* Ponencia en el Congreso IPRA-CINDER, Ámsterdam 2012.

PRADO GASCÓ, V. *Incidencia del principio hipotecario de calificación gráfica en el Registro jurídico inmobiliario del S.XXI,* Tesis doctoral, Universidad CEU Cardenal Herrera, Valencia 2016.

PRADO GASCÓ, V. *La calificación gráfica registral,* Centro de Estudios registrales, Madrid 2017.

PUYAL SANZ, P. *El nuevo régimen de coordinación entre el Catastro y el Registro de la propiedad,* Editorial Tirant lo blanch, Valencia 2016.

ROMÁN GARCÍA, *Epistemología Jurídica,* Editorial Dykinson, 2023.

SÁNCHEZ JORDÁN, M.E, y ARRIETA SERILLA, L.J., *Estudios sobre la representación gráfica de las fincas registrales.* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2018.

TORRENT CUFI, F. (2015). *La propiedad temporal y compartida*. La Notaria, núm. 2, 27-36.

VALLE MUÑOZ, J.L. (2017). *La propiedad temporal y la propiedad compartida. Especial atención a los aspectos registrales*, en *Les modificacions recents del Codi civil de Catalunya i la incidència de la Llei de la jurisdicció voluntària en el Dret Català (materials de les Dinovenes Jornades de Dret català a Tossa*), (del Valle, J.L., Coord.), Documenta Universitaria, Girona, 141-197.

NOTAS

[1] Cuando se vende o transmite el dominio de una finca no se requiere precisar el contenido del derecho de propiedad, las facultades que lo conforman. Estas están delimitadas legalmente y tanto comprador como vendedor saben —o se presume que conocen— las facultades que transmiten sobre la cosa. Esto no ocurre en los derechos reales atípicos, creados al amparo del principio de numerus apertus, en los que se exige la determinación precisa de su contenido, pues la ley no los contempla.

[2] Véase GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier, "Influencia de la legislación hipotecaria en la teoría del título y el modo", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 97, Nº 784, 2021, págs. 965-987

[3] MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P. "Evolución institucional de los sistemas de transmisión onerosa", Tirant Lo Blanch, Valencia 2023. Sostiene que la fe pública registral no es una excepción en favor del titular registral frente a acciones reivindicatorias del verdadero titular, sino que quien adquiere de titular registral adquiere plenamente dada la legitimación derivada de la inscripción en el Registro.

[4] ACEDO-RICO HENNING, F. "Registro de la propiedad y vivienda", Editorial Machado, Madrid 2020, edición ampliada en 2023, página 312.

[5] Véase GOÑI RODRIGUEZ DE ALMEIDA, Vivienda, nuevas formas de tenencia y Registro de la Propiedad, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N.º 792, págs. 2312 a 2329. Año 2022

[6] El artículo 383 del Reglamento Hipotecario determina que no podrá practicarse a favor de Sociedad mercantil ninguna inscripción de aportación o adquisición por cualquier título de bienes inmuebles o derechos reales, sin que previamente conste haberse extendido la que corresponda en el Registro Mercantil.

[7] Según la RDGSJFP de 24 de abril de 2017 estas consideraciones no se ven alteradas, sino confirmadas, por el hecho de que este Centro Directivo haya formulado la doctrina conforme a la cual es posible llevar a cabo una inscripción en el Registro de la Propiedad de adquisición inmobiliaria llevada a cabo por administrador o apoderado general no inscrito de sociedad de capital (por todas, Resoluciones de 17 de diciembre de 1997 y de 29 de septiembre de 2016). Como resulta de la doctrina expresada en dichas y otras muchas resoluciones de contenido idéntico, la ausencia de inscripción en el Registro Mercantil «no excusa de la comprobación de la concurrencia de los requisitos legales exigibles en cada caso para apreciar la válida designación del mismo». Es decir, la inscripción en el Registro de la Propiedad se debe llevar a cabo con respeto escrupuloso a las normas establecidas en la legislación hipotecaria. Tratándose de adquisiciones o restituciones derivadas de actos sujetos a inscripción obligatoria en el Registro Mercantil la inscripción en el Registro de la Propiedad debe realizarse una vez cumplidas las exigencias derivadas del ordenamiento, entre las que se encuentra la derivada del artículo 383 del Reglamento Hipotecario.

[8] La DGSJFP desde el principio afirmó la aplicación a la hipoteca sobre inmuebles y a las compraventas de inmuebles entre empresarios la legislación general hipotecaria, que se inserta en el C..C ex artículo 608 C.C. y por tanto el debate sobre si la compraventa de inmuebles entre empresarios o concedidos por entidades mercantiles, como son las entidades financieras, no tiene mayor proyección, pues lo cierto es que no quedan sujetas al régimen del Código de comercio en materia de compraventa (limitado a las compraventas de bienes muebles para revender) sino al general de la ley hipotecaria y del Código civil.

[9] El artículo 8 de la DIRECTIVA (UE) 2017/1132 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 14 de junio de 2017 sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades determina: El cumplimiento de las formalidades de publicidad relativas a las personas que, en calidad de órgano, tengan el poder de obligar a la sociedad, hará que cualquier irregularidad en su nombramiento no pueda oponerse a terceros a menos que la sociedad demuestre que estos terceros ya tenían conocimiento de la misma.

[10] Libro V aprobado por ley 5/2006, de 10 de mayo, relativo a derechos reales.

[11] En este sentido la Constitución de Cuba de 2019 aún dentro del reconocimiento general de la propiedad como socialista o del pueblo, admite la propiedad privada en particular en relación a los bienes muebles y en relación a la pequeña empresa, pero la limita con relación a los inmuebles dado su carácter social. Así el artículo 58 garantiza que todas las personas tienen derecho al disfrute de los bienes de su propiedad. El Estado garantiza su uso, disfrute y libre disposición, de conformidad con lo establecido en la ley. La expropiación de bienes se autoriza únicamente atendiendo a razones de utilidad pública o interés social y con la debida indemnización

[12] En Cuba se prohíbe el arrendamiento, la aparcería y los préstamos hipotecarios a particulares (artículo 29 Constitución de Cuba)..

[13] Artículo 9.7 de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos rústicos, establece que:

"No podrán ser arrendatarios las personas y entidades extranjeras. Se exceptúan, no obstante:

a) Las personas físicas y jurídicas y otras entidades nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo, y de países con los que exista un convenio internacional que extienda el régimen jurídico previsto para los ciudadanos de los Estados mencionados.

b) Las personas físicas que carezcan de la nacionalidad española, que no estén excluidas del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y que se encuentren autorizadas a permanecer en España en situación de residencia permanente, de acuerdo con dicha Ley Orgánica y su desarrollo reglamentario.

c) Las personas jurídicas y otras entidades nacionales de los demás Estados que apliquen a los españoles el principio de reciprocidad en esta materia".

[14] ROMÁN GARCÍA, Epistemología Jurídica, Editorial Dykinson, 2023.

[15] En Cuba la Resolución 493/2021 del Ministerio de Justicia aprueba las "Normas y Procedimientos del Registro Central de la Propiedad de Bienes Inmuebles", publicada en la Gaceta oficial extraordinaria número 97 del año 2021. https://www.gacetaoficial.gob.cu/sites/default/files/goc-2021-ex97.pdf

Esta resolución regula mínimamente la hipoteca, en sus artículos 77 a 80, y se remite en su artículo 77 al artículo 105 de la ley hipotecaria española para las provincias de Ultramar de14 de julio de 1893, que formalmente sigue por tanto en vigor, y que nunca fue derogada en el período revolucionario.

No obstante, las restricciones a la concesión de crédito por las entidades bancarias, las limitaciones a la libre transmisión de vivienda y la inexistencia de una ley de propiedad horizontal hacen discutible a mi juicio que en Cuba se esté respetando el núcleo esencial de la propiedad.

Véase al respecto https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-8358 2011000200002

[16] La falta de transcendencia real —que impide la inscripción separada de la facultad de uso— ha sido sostenida por el Centro Directivo de Notarios y Registradores cuando se trata de la atribución de una mera facultad de usar, graciosamente, en precario o en comodato (vid. Resoluciones de 4 de octubre de 1989, 15 de julio de 2011 y 31 de Mayo de 2023), pero no cuando alcanza la configuración «erga omnes» de un derecho real, con la inmediatividad y oponibilidad propia de tales derechos, en cuyo caso sí es inscribible separadamente aunque tal derecho de uso no sea transmisible (cfr. artículos 523 y siguientes del Código Civil) o cuando se vincule a una cuota indivisa en una comunidad ordinaria.

[17] DELGADO RAMOS, J. *Georreferenciación de fincas registrales y su coordinación con el Catastro*, Ed, Aferre, Barcelona 2022 páginas 44 y 45.

[18] ESQUIROL JIMÉNEZ, V. La realidad física de la finca en la escritura pública, Registro y Catastro (prólogo GÓMEZ GÁLLIGO, F.J.), Editorial Tirant Lo blanh, Valencia 2022 páginas 25 y 26.

[19] FANDÓS PONS, P. Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 768, 2018.

[20] FENECH RAMOS. J. *Efectos jurídicos de la constancia en el Registro de la propiedad de datos de hecho,* Tesis doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga, diciembre 2023. Este autor limita los efectos de protección de los principios registrales a los datos de hecho delimitadores del objeto del negocio jurídico, como ubicación, superficie y linderos, pero no a los datos meramente contingentes ni a descripciones por mera manifestación.

[21] Véase resolución DGSJFP de 5 de mayo de 2022

[22] Doctrinalmente es discutido si son válidos los pactos de no inscribir. Nadie duda de la posibilidad de no inscribir, dado el carácter voluntario de la inscripción. Pero la imposición al adquirente de una prohibición sea perpetua o temporal de inscribir, supone la negación de uno de los contenidos esenciales del dominio, como es el acceso al Registro de la propiedad.

[23] Sentencia del Tribunal constitucional 16/2018, de 22 de febrero. En el fundamento de Derecho 17 se afirma: Este Tribunal aprecia que el legislador del derecho de propiedad, aparte del necesario respeto a su contenido esencial que predica el artículo 53.1 CE de "los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título", no encuentra otro límite que el de no sobrepasar el "equilibrio justo" o "relación razonable entre los medios empleados y la finalidad pretendida" (por todas, asunto *James y otros c. Reino Unido*, 21 de febrero de 1986, § 50), teniendo en cuenta que en las decisiones de índole social y económica se reconoce al legislador un amplio margen de apreciación sobre la necesidad, los fines y las consecuencias de sus disposiciones (*inter alia*, asuntos *James y otros c. Reino Unido*, 21 de febrero de 1986, § 46; *ex Rey de Grecia y otros c. Grecia*, 23 de noviembre de 2000, § 87; *Broniowski c. Polonia*, 22 de junio de 2004, § 149). No sigue por tanto el criterio de la abogacía del Estado que había exigido tres escalones, a saber: no puede admitirse la constitucionalidad de la limitación impuesta en tanto las medidas restrictivas del derecho de propiedad en que se concreta no resultan indispensables al existir otras medidas más moderadas para subvenir a la situación de emergencia social que se trata de afrontar, ni tampoco resultan ponderadas o equilibradas al derivarse de las mismas más perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto que beneficios para el interés general".

[24] El artículo 7 de la ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, regula el contenido del libro edificio al establecer que, una vez finalizada la obra, el proyecto, con la incorporación, en su caso, de las modificaciones debidamente aprobadas, será facilitado al promotor por el director de obra para la formalización de los correspondientes trámites administrativos. A dicha documentación se adjuntará, al menos, el acta de recepción, la relación

identificativa de los agentes que han intervenido durante el proceso de edificación, así como la relativa a las instrucciones de uso y mantenimiento del edificio y sus instalaciones, de conformidad con la normativa que le sea de aplicación. Toda la documentación a que hace referencia los apartados anteriores, que constituirá el Libro del Edificio, será entregada a los usuarios finales del edificio.

[25] El artículo 202 de la Ley Hipotecaria, tras su nueva redacción por la Ley 13/2015, de 24 de junio, exige para la inscripción de obra nueva, salvo que por la antigüedad de la edificación no le fuera exigible, la aportación para su archivo registral del libro del edificio, dejando constancia de ello en el folio real de la finca. En tal caso, cuando se trate de edificaciones en régimen de propiedad horizontal, se hará constar en el folio real de cada elemento independiente su respectiva representación gráfica, tomada del proyecto incorporado al libro.

[26] En España, la Sareb (Sociedad de Activos procedentes de Reestructuración Bancaria, que adquirió los inmuebles de las cajas y bancos afectados por la crisis financiera de 2008 con deuda avalada por el Estado) tiene encima de la mesa el plan anunciado por el Gobierno para colocar 50.000 viviendas para alquiler social y asequible. De esa cifra, 21.000 casas han sido ofrecidas a comunidades autónomas y ayuntamientos.

[27] La disposición transitoria segunda de la ley de vivienda introduce una serie de objetivos en relación con el parque de vivienda destinado a políticas sociales. En particular, se marca el objetivo de alcanzar el 20 por ciento de vivienda destinada a políticas sociales en aquellos municipios en los que se hayan declarado zonas de mercado residencial tensionado.

[28] En la disposición final primera, se modifica la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, estableciendo para las viviendas arrendadas, la posibilidad de que el arrendatario pueda acogerse a la finalización del contrato a una prórroga extraordinaria, de carácter anual, y por un periodo máximo de tres años, en los mismos términos y condiciones del contrato en vigor. En la misma disposición final primera se puede destacar la introducción de otra prórroga extraordinaria —añadida— de un año al término del contrato, que podrá solicitarse en situaciones acreditadas de vulnerabilidad social y económica cuando el arrendador sea un gran tenedor de vivienda. Además, la disposición final quinta también introduce un procedimiento de conciliación o intermediación en los supuestos en los que la parte actora tenga la condición de gran tenedor de vivienda, el inmueble objeto de demanda constituya vivienda habitual de la persona ocupante y la misma se encuentre en situación de vulnerabilidad económica.

[29] De muy acertada califica este autor la medida de establecer una especial protección a los arrendatarios en situación de exclusión social. ACEDO-RICO HENNING, op. citado, página 350.

[30] Según este autor es una norma que incorpora recargos tributarios a viviendas vacías (DF 3), medida respecto a la cual las experiencias tanto nacionales como internacionales han demostrado que es meramente recaudatoria, sin efecto en la mayor asequibilidad habitacional. Y que prevé unos mecanismos de control de renta forzoso (DF 1.2) que, combinados con lo anterior, contraerán y precarizarán la oferta de vivienda en alquiler, aumentarán las rentas, el mercado negro y expulsarán a los que menos tienen, como ha sucedido en todos los países, regiones y ciudades en los que se ha implementado, incluida Cataluña entre 2020 y 2021, generando aún mayor tensión.

https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1232928

[31] Este autor se pregunta lo siguiente: ¿Se imaginan un país en el que (…), hayamos pasado de potenciar la propiedad a amparar legalmente la okupación como solución habitacional,

llegando a 2022 sin resolver el problema del acceso a la vivienda o incluso acrecentándolo? Esta ha sido la realidad en España. GARCÍA TERUEL, R.M. y NASARRE AZNAR. S. Quince años sin solución para la vivienda: la innovación legal y la ciencia de datos en política de vivienda, Revista Crítica de Derecho inmobiliario número 789, 2022 página 223.

[32] Véase artículo 544 y siguientes CC catalán

[33] PRADO GASCÓ, V. *La calificación gráfica registral*, Centro de Estudios registrales, Madrid 2017 página 111.

[34] Vid SÁNCHEZ JORDÁN, M.E, y ARRIETA SERILLA, L.J., *Estudios sobre la representación gráfica de las fincas registrales*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2018, páginas 134 a 137.

[35] Artículo 26 Ley hipotecaria.

[36] Artículo 32 Ley hipotecaria.

[37] Dispone la Resolución de 7 de noviembre de 2023: "En general se entiende que la posición jurídica de los hijos en relación con el uso de la vivienda familiar atribuido a uno de los cónyuges en casos de crisis matrimoniales no se desenvuelve en el ámbito de los derechos patrimoniales, sino en el de los familiares, siendo correlato de las obligaciones o deberes-función que para los progenitores titulares de la patria potestad resultan de la misma (cfr. artículo 154 del Código Civil), que no decaen en las situaciones de ruptura matrimonial (cfr. Resolución de 9 de julio de 2013). Esto no impide que, si así se acuerda en el convenio y el juez, en atención al interés más necesitado de protección, aprueba la medida acordada por los cónyuges, se atribuya, en consecuencia, el uso del domicilio familiar a los hijos menores".

[38] . El derecho de uso sólo será inscribible en el Registro si hay tracto sucesivo, poniendo así fin a las interpretaciones doctrinales —y alguna jurisprudencial— que consideraban oponible el derecho de uso atribuido judicialmente incluso aunque no perteneciera el inmueble a ninguno de los cónyuges o no hubiera un título habilitante para el disfrute. La inscripción del derecho de uso, conlleva la necesidad de fijación de un plazo de duración, salvo que se trate de hijos menores, en los que la duración del uso alcanzará hasta su mayoría de edad. Fuera de este supuesto (hijos mayores y personas con discapacidad) requiere fijación de plazo en el convenio regulador aprobado judicialmente.

[39] Artículo 17.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

[40] Cuando existe una adquisición gradual del dominio, la inscripción se erige en elementos cuasi constitutivo, pues no es ostensible a través de la mera posesión. Si ya es discutible que un derecho real tenga plena eficacia erga omnes al margen del Registro, desde luego no cabe tal afirmación cuando se trata de tenencias intermedias, donde la publicidad registral es el único medio para que los terceros o adquirentes tengan conocimiento de su alcance y contenido.

[41] Así dispone la resolución DGSJFP de 19 de diciembre de 2022 lo siguiente: Como ya se señalara en las Resoluciones de este Centro Directivo de 20 de julio de 2017 y 14 de noviembre de 2022, entre otras, el Registro de Bienes Muebles se rige por lo dispuesto en la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, desarrollada por la Orden de 19 de julio de 1999, por la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles. Estas normas constituyen su núcleo esencial, al igual que la disposición adicional única del Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por la que se creó el Registro de Bienes Muebles; esta normativa se complemente con las Instrucciones emanadas de esta Dirección General, que cuenta con habilitación legal expresa en la disposición final segunda de la citada Ley 28/1998. En la Instrucción de 19 de febrero de 2002, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actuación de los registradores de Bienes Muebles en

las transmisiones de vehículos gravados, ya se dispuso que es el Registro de Bienes Muebles, a cargo entonces de los Registros Mercantiles provinciales, el único competente para proceder a las anotaciones de embargo sobre vehículos y demás actos y contratos que las normas determinan, con la eficacia propia de un registro jurídico como lo conciben las disposiciones legales y reglamentarias expresadas, así como para la expedición de la publicidad sobre las titularidades y gravámenes sobre los bienes muebles registrados. Sin perjuicio de la información que en el ámbito de sus competencias pueda facilitar el Organismo Autónomo Jefatura Central de Tráfico y su organización periférica a los interesados y terceros que tengan interés legítimo y directo, conforme previene el artículo 2 del Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Vehículos. Como señaló este Centro Directivo en sus Resoluciones 7 y 24 de enero de 2005, esta caracterización del Registro de Bienes Muebles como Registro de titularidades y no sólo de gravámenes, explica la incorporación del principio de tracto sucesivo en la ordenación de este Registro, de forma que dicho principio, junto con el principio de legalidad, básico en todo registro jurídico de bienes, permite al registrador la suspensión de una inscripción o anotación si consta que el bien de que se trata no pertenece a la persona que aparece como disponente de derechos sobre el mismo o contra la que se sigue una acción de reclamación de responsabilidades derivadas de obligaciones incumplidas. Paralelamente, nuestro ordenamiento prevé que se sobreseerá todo procedimiento de apremio seguido respecto de bienes muebles tan pronto como conste en autos, por certificación del registrador, que sobre los bienes en cuestión constan inscritos derechos en favor de persona distinta de aquélla contra la cual se decretó el embargo o se sigue el procedimiento —a no ser que se hubiese dirigido contra ella la acción en concepto de heredera de quien aparezca como dueño en el Registro— (vid. artículos 15, número 3, de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, 24 de la Orden de 19 de julio de 1999, por la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, y 658 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

[42] CANO MARCO y MARTIN MARTÍN, Manual de buenas prácticas concursales y registrales, Thomson Reuters, 2016, páginas 95 y siguientes

[43] Véase al respecto RDGSJFP de 19 de agosto de 2022 para un supuesto de compra fiduciaria. El artículo 20 de la Ley Hipotecaria, justifica la denegación del embargo de la propiedad por deudas. Ahora bien, nada impide practicar la anotación de embargo respecto de la posición jurídica del fiduciante, pues la transmisión definitiva del inmueble sólo se producirá en caso de cumplimiento de la fiducia. Entretanto existe una expectativa de recuperación del inmueble por parte del fiduciante que tiene contenido económico y es transmisible, siendo por tanto embargable. Pero no es pleno dominio.

[44] A diferencia de la venta a plazos aquí no hay discusión doctrinal ni jurisprudencialmente: el arrendador financiero es verdadero propietario.

[45] CANO MARCO y MARTIN MARTÍN, op. citado, página 93.

[46] Véase Resoluciones de 26 de octubre de 1998, 18 de marzo de 2014 y 30 de septiembre de 2030.

[47] Véase al respecto RDGSJFP de 10 de marzo de 2022. "A la vista del referido estado de la cuestión —en los ámbitos doctrinal, jurisprudencial y también legislativo—, debe afirmarse que la prohibición del pacto comisorio pierde su razón de ser cuando la realización de la cosa ofrecida en garantía —cualquiera que haya sido la vía seguida— se efectúe en condiciones determinantes de la fijación objetiva del valor del bien, y no haya comportado un desequilibrio patrimonial injusto para el deudor. Cosa bien distinta es que, por imperativo de la doctrina de la continuada influencia de la causa o del principio del derecho que rechaza todo tipo de enriquecimiento injustificado, las circunstancias del caso revelen que la apropiación del bien gravado

por parte del acreedor comporta un inadmisible sacrificio patrimonial para el deudor, para el propietario del bien o para los dos"-

[48] RDGSJPF de 12 agosto de 2022: Este Centro Directo se ha manifestado ya respecto la referida figura regulada en la ley 466 del Fuero Nuevo de Navarra (Resolución de 14 de julio de 2016), reconociendo los efectos de la misma respecto de la adquisición definitiva del dominio por parte del fiduciario en caso de incumplimiento de la obligación garantizada.

[49] MATEO VILLA, I. *De la fiducia gestión,* Revista Crítica de Derecho inmobiliario, número 707, noviembre-diciembre 2007, páginas 2585 y siguientes. El autor defiende la posibilidad de regular en el ordenamiento jurídico español la figura del trust en su versión continental. Amparado por el Convenio de La Haya de 1985, postula la posibilidad de transmisión del dominio del propietario al fiduciario por causa de administración. Asimismo, acepta la posibilidad de que el fiduciario sea titular de dos patrimonios, el fiduciario y el personal, de manera tal que cada uno de estos patrimonios tenga un centro distinto de imputación de créditos y deudas.

[50] NASARRE AZNAR, S. y SIMÓN MORENO, H. (2013). *Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda.* Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 739, 3063-3122.

[51] Sentencia 95/2017, de 6 de julio de 2017. Considera el TC que regulación de la propiedad temporal en la Ley 19/2015 que aquí se impugna es una fórmula jurídica de propiedad dividida, como lo es también, la enfiteusis catalana. Mientras en esta última la propiedad aparece desagregada en dominio directo y dominio útil, en la propiedad temporal son dueños a un mismo tiempo el titular actual y el titular sucesivo. En efecto, este último, además de recibir la propiedad plena al terminar el plazo asignado al titular temporal, es titular durante dicho plazo de ciertos derechos que están relacionados con dicha situación futura, por todo lo cual le corresponde una pars dominii y no un derecho real limitado

[52] No es posible saber si la propiedad es temporal, el número de años de su duración, si no está inscrita y publicada por el Registro. Lo mismo ocurre con la propiedad compartida: no cabe saber el porcentaje de titularidad del dominio sin inscripción registral. Igualmente pasa en la reserva de dominio o en el arrendamiento financiero, la inscripción en el Registro determina el contenido del derecho y es la única forma de conocer su extensión.

[53] Artículo 98 ley 7/2022, de 8 de abril de residuos suelos contaminados

[54] Artículo 99 de la citada ley 7/2022.

Trabajo recibido el 27 de noviembre de 2023 y aceptado para su publicación el 18 de diciembre de 2023

La responsabilidad civil en la conducción de vehículos autónomos o semiautónomos y su aseguramiento

Tort liability derived from damages caused by the driving of autonomous and semi-autonomous vehicles and its insurance

por
PEDRO JOSÉ LÓPEZ MAS
Profesor Ayudante Doctor
Universidad de Alicante

RESUMEN: El notable desarrollo que ha experimentado la inteligencia artificial (IA) en los últimos años y su incorporación a los vehículos automóviles está generando, a día de hoy, verdaderos retos jurídicos, pero también morales, para el conjunto de nuestra sociedad. Así, factores como la potencialidad dañina de estos vehículos, la falta de seguridad que transmiten por el estado incipiente de la técnica y la ausencia de una regulación garantista en torno a la homologación de los sistemas de IA, obligan a detenernos y analizar si la normativa vigente es capaz de resolver estas nuevas situaciones que pudieran plantearse en las que se introduce un elemento hasta ahora desconocido, cual es el de la circulación de vehículos en los que el conductor deja de ser tal para convertirse en un mero ocupante, al erigirse el propio vehículo, por medio de la IA, en el promotor de la «conducción». Pues bien, este estudio se hace más relevante si cabe en aquellos supuestos en los que, con motivo de la circulación, se causan daños de carácter extracontractual, resultando imprescindible fijar las bases a partir de las cuales se habrá de responder y el régimen jurídico al que se vería sometido el aseguramiento de la responsabilidad civil. En este punto, jugarán un importante papel

las recientes propuestas legislativas emanadas de las instituciones europeas y, en particular, la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial.

ABSTRACT: The significant development that artificial intelligence (AI) has undergone in recent years and its incorporation into motor vehicles is currently generating real legal, but also moral, challenges for our society. Thus, factors such as the potentially harmful nature of these vehicles, the lack of safety they transmit due to the current state of the art and the absence of a guaranteeing regulation on the homologation of AI systems, make it necessary to analyze whether the current regulations are capable of resolving new situations that may arise. Indeed, the driver of a vehicle can become a mere occupant, as the vehicle will drive itself thanks to the AI. In addition, this study is even more relevant in those cases in which damage is caused as a consequence of the circulation of a vehicle equipped with AI, since it is vital to establish the way in which the victim is to be compensated, as well as the legal regime of the insurance of the civil liability derived from the accident. In this regard, we will have to examine the recent legislative proposals coming from the European institutions and, in particular, the of 20 October 2020 with recommendations to the Commission on a civil liability regime for artificial intelligence.

PALABRAS CLAVE: Vehículos autónomos. Inteligencia artificial. Propuesta de Reglamento europeo sobre inteligencia artificial. Responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos. Seguro obligatorio de vehículos automóviles.

KEY WORDS: Autonomous vehicles. Artificial intelligence. European Parliament Resolution with recommendations to the Commission on a civil liability regime for artificial intelligence. Civil liability derived from the circulation of vehicles. Compulsory motor vehicle insurance.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES ACERCA DE LA CONDUCCIÓN AUTOMATIZADA O SEMIAUTOMATIZADA. 1. Conceptualización y Situación actual. 2. Retos jurídicos de la conducción automatizada.—II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL USO DE VEHÍCULOS A MOTOR Y SU ASEGURAMIENTO. ¿HACIA UN NUEVO MODELO O UNA ADAPTACIÓN DEL AHORA VIGENTE? 1. Planteamiento de la cuestión. 2. El concepto de «vehículo a motor». 3. El concepto de «hecho de la circulación». 4. El concepto de «conductor».—III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL USO DE VEHÍCULOS AUTOMATIZADOS O SEMIAUTOMATIZADOS Y

SU ASEGURAMIENTO. 1. La responsabilidad civil por el funcionamiento de los sistemas de inteligencia artificial en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de octubre de 2020, y su aplicación a la conducción automatizada. A. Ámbito de aplicación. B. *Régimen de responsabilidad para sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo*. 2. El aseguramiento de la responsabilidad civil por el funcionamiento de los sistemas de inteligencia artificial, y su aplicación a la conducción automatizada. A. *Caracteres, ventajas y normativa aplicable al seguro*. B. *Delimitación del riesgo cubierto y daños excluidos*. C. *La acción directa y la acción de repetición*.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES ACERCA DE LA CONDUCCIÓN AUTOMATIZADA O SEMIAUTOMATIZADA

1. Conceptualización y situación actual

No podemos abordar con rigor la responsabilidad civil derivada del manejo de vehículos autónomos —o, según los casos, dotados de cierta autonomía—, y su aseguramiento, sin antes, por un lado, definir el objeto sobre el que girará el presente trabajo y, por el otro, poner el acento en aquellos aspectos que suponen ya, a día de hoy, verdaderos retos para la sociedad desde el punto de vista jurídico.

Si partimos de lo que debemos entender por «conducción automatizada»[1], comúnmente conocida en medios de divulgación como autónoma, esta no será sino una actividad en la que, en lugar de una persona (el llamado «operador»), es un sistema de inteligencia artificial (IA, en lo que sigue) el que proporciona las instrucciones al vehículo a motor, a fin de promover su conducción de un punto concreto a otro. Es por ello que, en función del grado de automatización de la conducción, la presencia del operador será más o menos necesaria o relevante[2].

A nivel nacional, la Instrucción 15/V-113, de carácter reglamentario, sobre el procedimiento de concesión de autorizaciones para realizar pruebas o ensayos de investigación con vehículos de conducción automatizada, define, a los solos efectos de esta Instrucción, cuándo nos encontramos ante un «vehículo autónomo», estableciendo que será coincidente con «todo vehículo con capacidad motriz equipado con tecnología que permita su manejo o conducción sin precisar la forma activa de control o supervisión de un conductor, tanto si dicha tecnología autónoma estuviera activada o desactivada, de forma permanente o temporal». Asimismo, la citada Instrucción diferencia entre «modo autónomo», describiéndolo como aquella «modalidad de conducción consistente en el manejo o conducción del vehículo autónomo sin el control activo de un conductor cuando su

tecnología autónoma está activada», y «modo convencional», como «modalidad de conducción de un vehículo autónomo en la que la tecnología autónoma está desactivada y su conducción o manejo debe efectuarse mediante el control activo de un conductor».

Por su parte, el Reglamento (UE) 2019/2144 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 relativo a los requisitos de homologación de tipo de los vehículos de motor y de sus remolques, así como de los sistemas, componentes y unidades técnicas independientes destinados a esos vehículos, (Reglamento 2019/2144, en adelante), en su art. 3, consciente del avance de la técnica en esta materia, aprovecha la ocasión para proporcionar una definición de «vehículo automatizado», en contraposición a «vehículo totalmente automatizado»[3]. La norma comunitaria conceptualiza el primero como aquel «vehículo de motor diseñado y construido para desplazarse de manera autónoma durante determinados períodos de tiempo sin supervisión continuada por parte del conductor pero respecto del cual se sigue esperando o necesitando la intervención del conductor». En cambio, el vehículo totalmente automatizado, según el Reglamento, será aquel «vehículo de motor diseñado y construido para desplazarse de manera autónoma sin supervisión por parte del conductor».

Esta distinción no es baladí, por cuanto la delimitación entre una conducción completamente automatizada y otra en la que tan solo exista una asistencia por parte de uno o varios sistemas de IA tendrá relevancia en el plano jurídico, al tiempo de imputar la responsabilidad derivada de un evento dañoso producido[4].

Así, pese a lo novedoso de la cuestión a nivel legislativo, tal y como se verá más adelante, los vehículos sin conductor humano —y más aún aquellos que tienen incorporadas tecnologías de *Advanced Driver Assistance System* (ADAS, en lo que sigue)[5]— cuentan con cierta presencia desde hace ya algún tiempo. Estos, en atención a su nivel de autonomía, han sido clasificados conforme a distintos modelos que regulan el grado de automatización. Sin embargo, parece que el que mayor acogida e implantación ha tenido es el estándar J3016 (EJ3016, en adelante)[6], publicado por la *Society of Automotive Engineers* (SAE, en lo sucesivo) en el año 2014 y actualizado en el 2018[7].

El EJ3016 construye una clasificación basada en seis categorías o niveles de automatización de la conducción, tomando como referencia para determinar el grado de autonomía la atención e intervención que se requiera por parte del conductor, las cuales vendrán determinadas, a su vez, por el movimiento del vehículo, la monitorización del entorno, la capacidad del sistema para afrontar el manejo, así como la conducción del respaldo[8].

Siguiendo el citado estándar, los niveles de automatización pueden describirse del siguiente modo:

— *Nivel 0. Sin automatización*: En este nivel es el conductor quien ejecuta todas las tareas relativas a la conducción y, además, de manera manual. A pesar de lo antedicho, ello no obsta para que el coche en cuestión disponga de algún sistema de alerta concreto. Nos encontramos, pues, ante vehículos convencionales.
— *Nivel 1. Asistencia al conductor*: El grado de automatización en este nivel viene reflejado por la incorporación de ADAS, que facilitan al conductor algunas de las tareas, como puede ser el mantenimiento en carril mediante determinados sensores integrados en el vehículo, así como el control de velocidad.
— *Nivel 2. Automatización parcial*: Si bien el sistema, en este caso, admite mayores ayudas o funcionalidades a la conducción que, de forma puntual, permiten al conductor liberar los pedales o el volante, el vehículo como tal no tiene capacidad suficiente para tomar por sí solo decisiones.
— *Nivel 3. Automatización condicionada*: En este grado, el vehículo puede asumir funciones de monitorización del entorno y toma de decisiones en lo que respecta a la conducción, aunque, eso sí, en medios controlados. Aquí, el conductor humano deberá estar preparado para intervenir de ser necesario, pero sin que este sea coincidente con la figura tradicional de conductor tal y como la venimos conociendo, en el bien entendido de que haya de tener una atención completa del manejo.
— *Nivel 4. Alta automatización*: El vehículo realiza todo lo necesario para promover la conducción sin requerir la atención del conductor humano, de modo que, de apreciarse riesgo, el sistema, por sí solo, podrá detener o desplazar el coche a un lugar seguro. Sea como fuere, en este nivel, el conductor seguirá siendo necesario cuando dicho sistema no disponga de toda la información como para continuar de manera autónoma —por carecer de datos del vial ante una modificación de su curso por la ejecución de ciertas obras de remodelación, por ejemplo—.
— *Nivel 5. Automatización completa*: El sistema desarrolla cualquier tarea de conducción con independencia de las circunstancias de la vía, convirtiéndose el conductor en un mero pasajero, que tan solo ostentará la función de poner en marcha el vehículo y seleccionar el lugar de destino o la ruta.

Considerando los distintos niveles planteados, parece evidente que la conducción plenamente autónoma se identificará con los dos últimos grados expuestos. Y es que es en ellos donde podemos prescindir del factor humano. Ello, sin lugar a duda, obligará a repensar el sistema de responsabilidad —y su aseguramiento— al desaparecer irremediablemente el concepto de conducción e incidir

en el criterio de imputación que tomamos como válido hoy en día en la circulación de vehículos a motor[9].

2. Retos jurídicos de la conducción automatizada

La entrada del vehículo automatizado en el mercado permite vislumbrar, a poco que reflexionemos, numerosos beneficios para la sociedad en su conjunto, destacando la reducción de la siniestralidad en las carreteras, que no su eliminación[10]; el ahorro en tiempo y coste económico, aumentando, pues, la productividad de las personas y configurando este medio de transporte como uno más limpio y eficiente[11]; o la desaparición de barreras, en ocasiones infranqueables, a que se tienen que enfrentar determinados colectivos sociales, a los que se les impide por motivos varios la obtención de la correspondiente licencia administrativa para conducir[12]. Pero también se plantean retos que no debemos desconocer. Por poner algún ejemplo cercano, la conectividad de los vehículos supondrá un incremento del riesgo de sufrir ataques informáticos o cibernéticos que pretendan el acceso a los datos que estos alberguen, o tengan por fin modificar el *software* en aquellos instalado. De igual modo, surgen debates morales en torno a la decisión que ha de tomar el vehículo de hallarse en un escenario en el que necesariamente haya de producir un daño personal a un tercero y, en él, tengamos a dos posibles víctimas[13]. Y, por supuesto, la complejidad de adaptación de los distintos sistemas legales no solo en el ámbito administrativo en cuanto a la regulación de las obligaciones de los conductores o las prohibiciones en la actualidad vigentes[14], sino también en lo que se refiere al régimen de responsabilidad por daños causados por estos sistemas y su aseguramiento.

Con todo, en estos momentos, según expondremos, parece que lo que más preocupa a las instancias europeas desde el prisma legislativo es la potencialidad dañina de estos vehículos y la falta de seguridad que transmiten al conjunto de la sociedad, a causa del estado incipiente en que, por ahora, se halla la técnica.

Este efecto indeseado no es infundado, habida cuenta del relevante número de accidentes mortales provocado por fallos del sistema de automatización del vehículo y, las más veces, por errores humanos ante una evidente falta de diligencia al tiempo de supervisar y verificar su funcionamiento. Veamos algunos de los ejemplos más sonados al respecto[15].

En el año 2016, se produjo un accidente mortal como consecuencia de la conducción de un Tesla Model S, de nivel 2 SAE, en Florida (Estados Unidos) con el modo semiautomático activado (*Autopilot*). Tras la oportuna investigación, se concluyó que el conductor había desoído las indicaciones del sistema que le advertían de la necesidad de tomar el control manual del automóvil, debi-

do al fallo que había sufrido por un deslumbramiento atribuible al chófer de un camión que no había respetado las normas de incorporación a la vía[16].

En el año 2018, la compañía UBER desarrolló un vehículo nivel 4 SAE, en concreto, un Volvo XC90, provisto de ADAS, aunque modificado para que estos se desactivaran cuando entrara en modo automatizado. El automóvil funcionaba en carreteras abiertas al tráfico, pero siempre con un conductor de respaldo en su interior y en recorridos preestablecidos, de los cuales el sistema disponía de plena información. Pues bien, en marzo de ese año, uno de los vehículos modificados atropelló mortalmente en Arizona a un peatón que portaba una bicicleta consigo cuando, en plena oscuridad, sin elemento reflectante alguno y encontrándose en una zona no habilitada para el paso, atravesó la calle por la que aquel circulaba. En este caso, los informes de la Junta Nacional de Seguridad del Transporte de Estados Unidos (NTSB) determinaron que el sistema no había evidenciado fallo alguno, siendo imputable el accidente, en realidad, a los elementos por nosotros descritos y que dependían del propio peatón. Así y todo, es importante destacar que la alteración de los componentes del Volvo XC90 respondía a la puesta en marcha del negocio de Vehículo de Transporte con Conductor (VTC), que finalmente se frustró, a resultas del impacto mediático que adquirió la noticia en los medios de comunicación.

Apenas días más tarde de este suceso, se registró un nuevo siniestro en el que se vio implicado un Tesla Model X, nivel 2 SAE, que impactó violentamente contra una barrera central de una intersección ubicada en California, con resultado de muerte para el conductor, que circulaba con el *Autopilot* encendido y sin supervisar la marcha.

Por último, en el año 2021, en California, fue también notorio el accidente mortal de un conductor de un Tesla Model 3, que colisionó contra un camión que había volcado en la autopista. Al parecer, la víctima había publicado días antes del fatal choque un vídeo en una conocida red social en el que se le veía en el asiento del conductor sin las manos en el volante, ni los pies en los pedales, mientras el vehículo avanzaba por la autopista. Las autoridades barajaron la distracción como causa probable del suceso.

Por todo ello, a nuestro juicio, debe abogarse por una evolución responsable de la tecnología, en aras de promover el progreso de la sociedad, reducir las altas tasas de siniestralidad vial y, al mismo tiempo, contribuir al desarrollo de un mundo mucho más verde y limpio, aunque ello siempre habrá de ir acompañado de una regulación garantista, en torno a la homologación de los distintos sistemas que se incorporen a los vehículos y, como no podía ser de otro modo, en cuanto a la eventual responsabilidad que pudiera surgir como consecuencia de la producción de un accidente mediando cierto grado de automatización.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL USO DE VEHÍCULOS A MOTOR Y SU ASEGURAMIENTO. ¿HACIA UN NUEVO MODELO O UNA ADAPTACIÓN DEL AHORA VIGENTE?

1. Planteamiento de la cuestión

En España, la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor se encuentra regulada en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, (TRLRCSCVM, en adelante), que sufrió una reforma de calado en el año 2015 por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre. Esta última norma introdujo un pionero sistema tabular que tenía por fin valorar los daños sufridos por las personas en accidentes de circulación de la forma más cercana al respeto del principio de la *restitutio in integrum*, tan denostado en la práctica del Derecho de Daños[17].

El Texto Refundido hace responsable al conductor, en virtud del riesgo creado por la conducción de un vehículo a motor, de los daños causados a las personas o a los bienes con motivo de la circulación *ex* art. 1. Ya de entrada, la norma liga indisolublemente al conductor con el vehículo a motor manejado, de modo que el primero habrá de asumir la reparación de los daños y perjuicios que se irroguen a terceros, a resultas de su conducción, por el riesgo que la misma entraña[18].

Sin embargo, a continuación, el precepto aclara dos aspectos verdaderamente significativos en relación con el criterio de imputación y la eventual exoneración de responsabilidad del conductor. En efecto, por un lado, de provocarse el daño a bienes personales, según la norma, solo se exonerará de responsabilidad al conductor cuando esta naciera, en exclusiva, por la intervención culposa de la víctima o perjudicado, o cuando tuviera origen por fuerza mayor «extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo», no considerándose tal «los defectos del vehículo ni la rotura o fallo de alguna de su piezas o mecanismos». Por el otro lado, en caso de daños a bienes patrimoniales, el conductor, cómo no, también responderá, si bien a través del sistema de responsabilidad civil clásico, a saber, conforme a lo dispuesto en el art. 1902 y ss. del Código civil, (CC, en lo que sigue) para la responsabilidad civil extracontractual pura, y en el art. 109 y ss. del Código Penal, (CP, en lo sucesivo) para la responsabilidad civil *ex delicto*.

Del análisis del contenido del citado artículo se desprende la asunción por el legislador de un diferente criterio de imputación, en función de si el daño se causa a una persona o, por el contrario, a un bien material. En el primer supuesto, en virtud del riesgo creado por la conducción y por la especial protección que

merece el derecho a la vida y a la integridad física, el conductor responderá objetivamente, con independencia de la existencia de culpa, negligencia o dolo que le pudiera ser imputable[19]. En el segundo, tan solo lo hará de apreciarse el reseñado elemento subjetivo que, con carácter general, como se sabe, es preceptivo en el marco de la responsabilidad civil extracontractual por mor de lo establecido en el art. 1902 CC[20].

Junto con la anterior regulación, en materia de seguro de responsabilidad civil, hemos de referirnos al Real Decreto 1507/2008, de 12 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor, (RSOA, desde ahora). Y es que, precisamente por la finalidad tuitiva de las normas en materia de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor, se impone al propietario, como obligación, la suscripción de un seguro que cubra los daños, tanto a personas como a bienes, con motivo de dicha circulación.

Tales normas traen causa de la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como el control de la obligación de asegurar esta responsabilidad (Directiva 2009/103/CE, a partir de este momento). En este sentido, la Directiva no incide sobre los criterios de imputación a los que alude expresamente el TRLRCSCVM, ni sobre la regulación pormenorizada del seguro de responsabilidad civil, cosa que sí que hace el RSOA, sino que, muy al contrario, contiene, como suele ser habitual, preceptos de mínimos[21]. Ello ha dado lugar a tantas normas como Estados miembros coexisten en el seno de la Unión Europea, de ahí que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, en adelante) haya tenido que pronunciarse, a través de diferentes cuestiones prejudiciales planteadas por estos últimos, acerca de dudas interpretativas que han ido surgiendo con ocasión de la resolución judicial de casos concretos[22].

Mención aparte merece la promulgada Directiva (UE) 2021/2118 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2021 por la que se modifica la Directiva 2009/103/CE, (Directiva 2021/2118, en lo sucesivo), la cual debió haber sido incorporada a nuestro ordenamiento, a más tardar, el 23 de diciembre del 2023. La misma parte de la premisa de que se han logrado los objetivos pretendidos por la norma del año 2009, lo que aconseja retocar tan solo ciertos aspectos de ella, que explica en sus Considerandos. Así, se identifican cuatro ámbitos a modificar. En concreto, la indemnización de los perjudicados en caso de insolvencia de la entidad aseguradora; los importes mínimos obligatorios de cobertura; los controles del seguro de los vehículos por parte de los Estados miembros; y el uso de las certificaciones de antecedentes siniestrales de los titulares de pólizas por una nueva entidad aseguradora. Además, la Directiva

determina la conveniencia de modificar los vehículos expedidos; los accidentes en que esté implicado un remolque arrastrado por un vehículo; las herramientas independientes de comparación de precios de seguros de vehículos automóviles; los organismos de información; y la información a los perjudicados. Finalmente, señala la norma, debe mejorarse la claridad de la Directiva 2009/103/CE, sustituyendo el término «víctima», que hasta entonces utilizaba como sinónimo de «perjudicado», por el término «perjudicado».

Por otra parte, la Directiva 2021/2118 sigue prestando atención, pese a lo ya debatido, al concepto de «vehículo» y al de «circulación de vehículos», a raíz de algunas resoluciones del TJUE, en las que se aclara que los vehículos automóviles están destinados normalmente a servir como medio de transporte, con independencia de las características del vehículo, y que la circulación comprende toda utilización de un vehículo que sea conforme con su función habitual de medio de transporte, con independencia del terreno en el que se utilice y de si está parado o en movimiento. Por lo tanto, no se aplicaría la Directiva si la función habitual del vehículo no es la de medio de transporte.

Finalmente, en lo que nos interesa, la Directiva del año 2021 insta a la Comisión Europea a supervisar y revisar la Directiva 2009/103/CE, a la luz de la evolución tecnológica, teniendo presente asimismo el mayor uso de vehículos autónomos y semiautónomos.

En resumen, de lo antedicho cabe extraer que el juego de la responsabilidad civil automovilística y su aseguramiento se asienta sobre varios elementos, en los que hemos de detenernos, siquiera brevemente, a los efectos de concluir si el vigente régimen legal se adecúa o no a las particularidades que presentan los vehículos automatizados o si, por el contrario, se aconseja optar por uno nuevo y diferente. Estos elementos son el concepto de «vehículo a motor», el de «hecho de la circulación» y, por último, el de «conductor».

2. El concepto de «vehículo a motor»

Para definir «vehículo a motor» hemos de acudir, en primera instancia, al concepto que contempla la Directiva 2009/103/CE. Esta norma, en contraposición al RSOA, acoge una expresión mucho más amplia que la de nuestra vigente legislación al contemplar, simplemente, el término «vehículo», y no el de «vehículo a motor». Con todo, el art. 1 de la Directiva, por su dicción, asimila uno y otro término al delimitar el primero como «todo vehículo automóvil destinado a circular por el suelo, accionado mediante una fuerza mecánica y que no utiliza una vía férrea, así como los remolques, incluso no enganchados».

No obstante lo señalado por la subrayada Directiva del año 2009, la 2021/2118 modifica este último extremo e incorpora algunos matices a tener en cuenta, por cuanto la definición de vehículo, a raíz de las nuevas formas de circulación, debe restringirse, basándose, según el legislador comunitario, en las características generales de dichos vehículos[23]. A este respecto, la norma entiende como «vehículo»: «a) todo vehículo automóvil accionado exclusivamente mediante una fuerza mecánica que circula por el suelo y que no utiliza una vía férrea, con: i) una velocidad máxima de fabricación superior a 25 km/h, o ii) un peso neto máximo superior a 25 kg y una velocidad máxima de fabricación superior a 14 km/h; b) todo remolque destinado a ser utilizado con uno de los vehículos a que se refiere la letra a), tanto enganchado como no enganchado».

Además, sin perjuicio de lo dispuesto en las letras a) y b), excluye las sillas de ruedas que se destinen, en exclusiva, a ser utilizadas por personas con discapacidad física.

Por otro lado, el art. 3 insta a los Estados miembros a que adopten cuantas medidas resulten oportunas para que la responsabilidad civil surgida de la circulación de vehículos, que tengan su estacionamiento habitual en su territorio, determinado por su matrícula o signo distintivo que los identifique, quede cubierta mediante un seguro. Ahora bien, la Directiva añade que no cabe exigir una cobertura de un SOA cuando el vehículo en cuestión haya sido dado de baja permanente o temporalmente, esté en fase de restauración o no se haya utilizado durante un largo período de tiempo por cualquier otro motivo, en virtud del apartado tercero del art. 5 Directiva 2009/103/CE, añadido por la 2021/2118.

En su posición de intérprete de la legislación comunitaria, el TJUE ha venido concretando los aspectos más significativos de lo que ha de comprenderse dentro de «vehículo» según la Directiva de referencia, y ha concluido de manera reiterada en su jurisprudencia que tendrá tal consideración el que sirva como medio de transporte, al margen del uso que se le esté dando por el particular, siempre que tenga su estacionamiento en un Estado miembro y no haya sido excluido expresamente de aseguramiento por razón de matriculación especial[24].

Centrándonos ahora en la normativa española, el concepto de «vehículo a motor» debe pasar irremediablemente por el estudio del art. 1 RSOA, por cuanto el Reglamento, a los fines de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor y de la obligación de aseguramiento, considera que coincidirá con todo vehículo idóneo para circular por la superficie terrestre e impulsado a motor, incluidos los ciclomotores, vehículos especiales, remolques y semirremolques, cuya puesta en circulación requiera autorización administrativa de acuerdo con lo dispuesto en la legislación sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial. Y añade que, como excepción, quedan fuera de la obligación de aseguramiento los remolques, semirremolques y máquinas

remolcadas especiales cuya masa máxima autorizada no exceda de setecientos cincuenta kilogramos, así como aquellos vehículos que hayan sido dados de baja de forma temporal o definitiva del Registro de Vehículos de la Dirección General de Tráfico[25], en la línea de lo ya legislado por la Unión Europea.

En consecuencia y en atención a lo prevenido por el citado precepto, será «vehículo a motor» el que cumpla los siguientes presupuestos. En primer lugar, que sea apto para circular por la superficie terrestre; en segundo lugar, que esté propulsado por motor; y, en tercer lugar, que su puesta en circulación requiera de autorización administrativa, en virtud de lo reconocido por art. 59 del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (Ley Tráfico, en lo sucesivo), —desarrollado por el art. 25 del Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Vehículos, (RGV, en lo que sigue)—[26].

Sin perjuicio de lo anterior, cabe subrayar que, a pesar de que tan solo contemos con una única definición de «vehículo autónomo» en el marco de la legislación española, ubicada en la Instrucción 15/V-113, y que ya hemos tenido ocasión de explicitar anteriormente[27], lo cierto es que no podemos acudir a ella por varios motivos. El primero, por su carácter reglamentario, en tanto que interpretadora de normas *stricto sensu*[28]. El segundo, por su objeto, cual es, en exclusiva, la regulación de la concesión de autorizaciones especiales para la realización de pruebas y ensayos de investigación con vehículos automatizados y autónomos en vías abiertas al tráfico en territorio nacional[29]. Y, el tercero, porque a este tipo de vehículos, *a priori*, no les es de aplicación la normativa sobre tráfico y circulación vial, toda vez que la Instrucción podría condicionar la circulación en pruebas a que el automóvil en cuestión tuviera suscrito un seguro distinto al de responsabilidad civil automovilística *ordinario*[30]. A mayor abundamiento, llama la atención que la propia Directiva 2021/2118 excluya del ámbito de aplicación de su articulado «la utilización de vehículos en eventos y actividades automovilísticos, incluidas carreras y competiciones, así como entrenamientos, pruebas y demostraciones, en particular de velocidad, fiabilidad o habilidad, que estén autorizados en virtud de su Derecho nacional». Y ello guarda cierta lógica, por cuanto el riesgo de sufrir un accidente se eleva exponencialmente por razón de la peligrosidad intrínseca que lleva consigo este tipo de actividades[31]. Ergo, siguiendo este razonamiento, dado el elevado riesgo de siniestro que se plantea al tiempo de realizar testeos de vehículos de estas características, motivado por el estado actual de la técnica, y la imposibilidad de regular esta materia por las Directivas de los años 2009 y 2021, análoga conclusión debe alcanzarse en cuanto a la necesidad de rehusar el concepto de vehículo autónomo que emplea la Instrucción 15/V-113.

En base a todo ello, a nuestro juicio, nada obsta para que el vehículo automatizado o semiautomatizado se incluya dentro de la definición legal de vehículo a motor, llamémosle convencional, que emplea el RSOA —e incluso el APL—, aunque, eso sí, siempre que estuviera dotado, como no podía ser de otro modo, de motor y se hubiera homologado el vehículo en su conjunto o el sistema que permite la automatización, o bien se hubiera obtenido una homologación especial y provisional para componentes técnicos que no resultaran compatibles con la vigente legislación, conforme a lo indicado líneas atrás[32].

3. El concepto de «hecho de la circulación»

Hasta el año 2021, a escala comunitaria, no disponíamos de una definición legal de lo que debía entenderse por «hecho de la circulación». Ello cambia diametralmente con la promulgación de la Directiva 2021/2118, que modifica la Directiva 2009/103/CE en este punto, e introduce en su art. 1 un nuevo apartado, rubricado como 1 bis, en el que se describe lo que la norma conceptualiza como «circulación de un vehículo». Así, establece que «toda utilización de un vehículo que sea conforme con la función del vehículo como medio de transporte en el momento del accidente, con independencia de las características de este, del terreno en el que se utilice el vehículo automóvil y de si está parado o en movimiento», será «circulación de un vehículo» a efectos de la Directiva.

Por su parte, el art. 2 RSOA reza que serán «hechos de la circulación» por lo que respecta a la responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor y de su cobertura por el SOA, «[…] los derivados del riesgo creado por la conducción de los vehículos a motor a que se refiere el artículo anterior, tanto por garajes y aparcamientos, como por vías o terrenos públicos y privados aptos para la circulación, urbanos o interurbanos, así como por vías o terrenos que sin tener tal aptitud sean de uso común».

Este último precepto concreta, pues, que el hecho de la circulación está intrínsecamente ligado a la acción de conducir un vehículo a motor[33]. Sin embargo, como hemos puesto de manifiesto, el vehículo automatizado o semiautomatizado, en sus niveles más avanzados, por sí mismo, prescinde de tal acción, toda vez que es el propio *software* incorporado al equipo el que hace las veces de conductor.

A esta circunstancia se le une la exégesis *lato sensu* que viene haciendo el TJUE de la meritada expresión, cosa que redunda aún más si cabe en que a la hora de interpretar el sentido de esta locución se ponga el acento no tanto en la acción de conducir, como en la de circular[34].

Efectivamente, *ad exemplum,* el Alto Tribunal europeo ha dado cabida dentro del concepto de «circulación de un vehículo» a daños ocasionados por un vehículo con el motor parado por entender que los mismos forman parte del riesgo circulatorio[35]; y lo mismo ocurre con los daños producidos a un vehículo por el pasajero de otro adyacente al abrir su puerta, estando ambos automóviles estacionados[36].

En consecuencia, parece que el TJUE y el TS[37] han adoptado, en los últimos años, una interpretación extensiva y generosa de la «circulación de un vehículo» o del «hecho de la circulación», respectivamente. Ello supone, en la práctica y desde nuestro prisma, que la normativa sobre responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor y su aseguramiento sea compatible, hoy día, con las nuevas formas de conducción, con independencia del carácter convencional o automatizado de dichos vehículos. A saber, los daños provocados por un vehículo que se utilice como medio de transporte con ocasión de la circulación en sentido estricto, o los acaecidos estando el mismo parado cuando medie la preceptiva relación causal entre el evento dañoso y su uso, han de gozar del carácter automovilístico, tanto en lo que se refiere a su reparación, como en lo que afecta a su cobertura por el seguro obligatorio de responsabilidad civil suscrito. Esto será así siempre que, por descontado, el vehículo esté provisto de motor y cuente con la correspondiente autorización administrativa de acuerdo con lo dispuesto en la legislación sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, como ya se declaraba *supra*.

4. El concepto de «conductor»

La Ley Tráfico, en su Anexo I, al cual remite expresamente el art. 3 de su articulado, comienza por conceptualizar el elemento subjetivo de la conducción, a saber, la figura del «conductor», disponiendo que será toda «Persona que […] maneja el mecanismo de dirección o va al mando de un vehículo, o a cuyo cargo está un animal o animales. En vehículos que circulen en función de aprendizaje de la conducción, tiene la consideración de conductor la persona que está a cargo de los mandos adicionales»[38].

De su análisis se extrae que el conductor *clásico* es aquel que tiene el control mecánico del vehículo y quien guarda la llave para promover su conducción. Ahora bien, el encontrarse al mando de este último no solo admite una interpretación en un sentido físico, sino que también se refiere al propio control o supervisión de su manejo. Ejemplo de ello da que la segunda parte de la definición apunte al hecho de que en los vehículos de aprendizaje asumirá el papel de conductor el que esté a cargo de los mandos adicionales.

Es en este punto donde entran en juego los ADAS incorporados a ciertos vehículos con distintos niveles de automatización (entre 1 y 3 SAE) y su relación con la obligación del conductor de supervisar la marcha, habida cuenta de que con estas nuevas tecnologías que ayudan a la conducción, algunas de las tareas que, desde antaño, descansaban en quien se ponía a los mandos del volante, ahora permiten desplazarlo a un segundo plano en según qué situación o circunstancia. Es decir, que los ADAS facultan al conductor a desatender algunas de las tareas que, de ordinario, estaba obligado a ejecutar, a fin de poder circular con su automóvil. Sin embargo, que la decisión mecánica se atribuya al sistema instalado en el vehículo no es sinónimo de que el sujeto que en él viaja se desentienda completamente de la conducción, sino que, muy al contrario, el papel que asumirá será distinto: ahora, el de supervisor y, por ello, junto con la puesta en circulación de un elemento potencialmente peligroso, responderá, como se dirá *infra*, en caso de derivarse daños y perjuicios para terceros.

Y una respuesta similar adelantamos que recibirá, en términos de imputación de la responsabilidad, el «conductor» (*rectius*, ocupante) de un automóvil con un nivel de autonomía —casi— plena, en torno a 4 o 5 SAE, pese a carecer de control efectivo sobre el mismo, en tanto que responsable de su puesta en circulación.

III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL USO DE VEHÍCULOS AUTOMATIZADOS O SEMIAUTOMATIZADOS Y SU ASEGURAMIENTO

Hemos dejado sentado que la conducción automatizada, en este momento, ya empieza a plantear problemas y retos jurídicos que resulta necesario abordar a la mayor brevedad desde el plano legislativo. En este sentido, hemos de tomar en consideración dos aspectos de vital importancia. De un lado, que las normas actualmente vigentes en materia de responsabilidad no fueron diseñadas para dar solución a la amalgama de posibilidades que pueden surgir con ocasión de la circulación de vehículos autónomos[39]. De otro lado, que el uso de la IA, *per se*, conlleva una latente potencialidad dañina[40], lo que supone que deba ser regulado de tal forma que se minimicen los riesgos de causar daños a terceros y, de producirse, resulte sencillo identificar a los agentes intervinientes[41], en aras de imputarles responsabilidad, en aplicación del aforismo latino *non laedere alterum*, que vertebra todo el Derecho de Daños.

A este respecto, surgen tres posibles soluciones en cuanto a la reglamentación de la responsabilidad derivada de la utilización de vehículos autónomos[42]. En primer lugar, mantener el régimen actual sin efectuar reformas de calado. En

segundo lugar, modificar la Directiva 85/374/CEE, sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos o, en su caso, la Directiva 2009/103/CE, relativa al seguro de responsabilidad civil que resulta de aplicación a la circulación de vehículos. O, finalmente, introducir una nueva regulación que establezca un marco normativo de seguro, sin determinación de culpabilidad —o *no-fault insurance*—, para el caso de que se originen daños causados por vehículos autónomos.

Por esta última alternativa han apostado algunos autores[43], prestándole mayor apoyo que la atención que le ha merecido al legislador comunitario hasta la fecha. Ello, quizás, obedece a la inminente aprobación del Reglamento sobre el régimen de responsabilidad civil en materia de IA, que concede un amplio margen de maniobra a los Estados miembros, a fin de adoptar un modelo de seguro que cubra los importes indemnizatorios, sin perjuicio de que ello se haga bien tomando como referencia la normativa europea, bien de acuerdo con el ordenamiento vigente en el Estado en cuestión[44]. No obstante, desde nuestro punto de vista, esta no parece ser la fórmula idónea a emplear en nuestro sistema jurídico[45], tal vez sí en otro por la especialidad que presente con respecto al nuestro[46], máxime si ya contamos con respuestas en nuestro ordenamiento jurídico a nuevas preguntas que se nos plantean, como venimos advirtiendo a lo largo de este trabajo.

Sea como fuere, por razones metodológicas, abordaremos de inmediato, por su importancia y a riesgo de prescindir de documentos de indudable interés para este sector[47], lo recogido por la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial, (RIAR, en lo sucesivo)[48].

1. La responsabilidad civil por el funcionamiento de los sistemas de inteligencia artificial en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de octubre de 2020, y su aplicación a la conducción automatizada

A. Ámbito de aplicación

El 20 de octubre del año 2020 se publicó la RIAR, que persigue, junto con otras iniciativas europeas, concretar una Propuesta de Reglamento (llamada por las instancias europeas «Artificial Intelligence Act» o «Ley de IA», expresión esta que utilizaremos desde ahora para referirnos a la citada Propuesta de Reglamento) que establezca las normas que regulen el régimen jurídico al que se

verá sometida, en general, la responsabilidad civil exigida por personas, físicas o jurídicas, a los operadores de sistemas de IA, y ello conforme a su art. 1.

Así, se prevé que su ámbito de aplicación se extienda a todo el territorio de la Unión cuando una «actividad física o virtual, un dispositivo o un proceso gobernado por un sistema de IA haya causado daños o perjuicios a la vida, la salud, la integridad física de una persona física y los bienes de una persona física o jurídica, o bien haya causado daños morales considerables que den lugar a una pérdida económica comprobable», (art. 2).

Con todo, el nacimiento de la Ley de IA no será obstáculo, a nuestro entender, para que se desarrolle normativa especial en cada Estado miembro que adapte a cada sector, en nuestro supuesto, el de la circulación de vehículos automatizados, el contenido de la primera[49].

Al margen de lo anterior, la Ley de IA, tras delimitar su objeto y su ámbito de aplicación, recoge una serie de definiciones de utilidad a sus fines. Por ahora, tan solo nos pronunciaremos sobre el concepto de «operador», a fin de comprender el desarrollo sustantivo de la norma, ya que es a él a quien se le imputará la responsabilidad que veremos con detalle en el subepígrafe siguiente. Efectivamente, el art. 3 de la citada Ley alude al «operador final», como «toda persona física o jurídica que ejerce un grado de control sobre un riesgo asociado a la operación y el funcionamiento del sistema de IA y se beneficia de su funcionamiento»; y, a continuación, al «operador inicial», coincidente con «toda persona física o jurídica que define, de forma continuada, las características de la tecnología y proporciona datos y un servicio de apoyo final de base esencial y, por tanto, ejerce también grado de control sobre un riesgo asociado a la operación y el funcionamiento del sistema de IA».

B. Régimen de responsabilidad para sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo[50]

La Propuesta de Ley de IA configura y asume la compatibilidad de dos regímenes de responsabilidad bien diferenciados, en función del grado de riesgo que represente el sistema de IA. El más gravoso se destina, como no podía ser de otro modo, a los sistemas de alto riesgo, al declarar su art. 4 que «El operador de un sistema de IA de alto riesgo será objetivamente responsable de cualquier daño o perjuicio causado por una actividad física o virtual, un dispositivo o un proceso gobernado por dicho sistema de IA». A saber, prescinde completamente del elemento subjetivo de la culpa o negligencia, que rige como regla general, al tiempo de imputar responsabilidad al «operador»[51]. Así, advierte el mismo precepto que el Reglamento incluirá un Anexo, en el que se enumerarán todos los sistemas de

IA de alto riesgo, así como los sectores críticos en los que se empleen, pudiendo ser modificado por la Comisión mediante actos delegados[52].

Ahora bien, que la responsabilidad sea de corte objetivo no obsta para que el operador, llegado el caso, pudiera verse exonerado de responsabilidad en función del evento que produjera efectivamente el perjuicio. Al respecto debe apuntarse que los operadores podrán quedar exentos de responsabilidad cuando el daño hubiera tenido origen en un caso de fuerza mayor (art. 4.3), como suele ser clásico entender ante una responsabilidad con tintes objetivos[53].

Poniendo esta causa de exención de la responsabilidad en relación con lo establecido por el art. 1.II TRLRCSCVM, cabría añadir que no se considerarán fuerza mayor los defectos del sistema de IA incorporados al vehículo ni la manipulación de este por un tercero, así como tampoco su rotura o fallo.

Es importante detenernos ahora sobre esta cuestión, toda vez que, a nuestro entender, cuando el accidente sea causado por un defecto del *software*, la responsabilidad resultante no se podrá disipar bajo el pretexto de su acaecimiento por una supuesta fuerza mayor. Por contra, habrá de ser imputada, en primer lugar, al conductor o propietario no conductor del vehículo *ex* art. 1 TRLRCSCVM; en segundo lugar, a la aseguradora de la responsabilidad a partir del art. 7 de la misma norma; pero, también, al fabricante del *software*, que responderá solidariamente junto con el fabricante del propio vehículo, por así declararlo el art. 138 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 (TRLGDCU, en lo que sigue)[54], y eventualmente a sus respectivas compañías aseguradoras, de acuerdo con lo establecido en el art. 131 de este último texto legal[55-56]. Situación distinta sería que el daño se desencadenara no como consecuencia de un defecto del sistema de IA, mas de decisiones autónomas tomadas por el automóvil. En este supuesto, no cabrá reclamar responsabilidad en modo alguno al fabricante del vehículo —o del *software*— al tener lugar exclusivamente en el riesgo creado por la conducción[57]. Por último, cuando el siniestro se produjera a causa de la manipulación del algoritmo por un *hacker*, o por la acción de un tercero[58], a nadie debe extrañar que quedará expedita la acción de repetición frente a estos últimos, a favor de quien efectivamente abonara la indemnización según las reglas antedichas.

En suma, la fuerza mayor, para que actúe, habrá de ser necesariamente extraña al funcionamiento del sistema de IA, por cuanto el subrayado acontecimiento ha de coincidir con aquel que no solo es imprevisible, sino también inevitable o irresistible, hallándose fuera del círculo o de la esfera de control del deudor *lato sensu*[59], cosa que no ocurre en los escenarios descritos líneas más atrás.

Asimismo, es imperativo tener en consideración la culpa de la víctima como una de las formas de quiebra del nexo de causalidad o de minoración del *quan-*

tum respondatur, según el grado de participación que le fuera imputable. Y es que la responsabilidad objetiva —al igual que la subjetiva a estos efectos— tiene como límite adicional, precisamente, la intervención causal de la víctima en los hechos que han dado lugar al perjuicio padecido, de modo que, de apreciarse que el siniestro no se habría producido sin la entrada en juego de esta última, no podremos sino concluir que el daño es únicamente a ella imputable, produciéndose la ruptura del nexo causal y, con ello, la exoneración de responsabilidad del agente (*rectius*, operador)[60]. Por el contrario, si su participación no tiene la entidad suficiente como para entender interrumpida la relación de causalidad, sino que meramente ha promovido o contribuido a la causación del daño, lo que procederá será la minoración o reducción de la indemnización que pudiera corresponder, en atención al porcentaje de culpa que le fuera atribuible en el accidente[61]. Ello es lo que se conoce como concurrencia o concurso de culpas[62]. Especialmente interesante es, a este respecto, la regulación contenida en el art. 1.2 TRLRCSCVM. De un lado, el precepto establece que cualquiera que fuera la naturaleza de las indemnizaciones (derivadas de muerte, secuelas o lesiones temporales) que correspondieran a la «víctima capaz de culpa civil» que hubiera contribuido con su actuación al nacimiento del daño, las mismas se reducirán, como máximo, hasta el setenta y cinco por ciento[63]. De otro lado, excluye directamente la moderación de las indemnizaciones debidas por razón de secuelas o lesiones temporales padecidas por víctimas menores de catorce años o que sufrieran «un menoscabo físico, intelectual, sensorial u orgánico que les prive de capacidad de culpa civil», y al mismo tiempo excluye la acción de regreso frente a padres, tutores y demás personas que deban responder por ellas. Estas normas no cabe duda de que se incluyeron en un claro intento de dotar a la víctima de una particular protección, máxime si esta es menor de edad o padece algún tipo de discapacidad, lo cual justifica plenamente el diseño de medidas de índole tuitiva como las presentadas.

Por otra parte, la Ley de IA, en su art. 5, fija el importe de la indemnización que pueda deberse, a resultas de la provocación de un daño por parte de un sistema de IA de alto riesgo. Efectivamente, la norma discrimina según el perjuicio recaiga sobre la vida, la salud o la integridad física del perjudicado, o por el contrario sea de carácter moral o material, y, en base a ello, determina una horquilla indemnizatoria más o menos amplia, respectivamente. De hecho, en el primer caso, limita las indemnizaciones a dos millones de euros y, en el segundo, las reduce a un millón[64]. Desde nuestro prisma, si bien *a priori* pudiera parecer positiva la concreción del *quantum respondatur* máximo que el deudor quedaría obligado a abonar, dada cuenta de las elevadas cuantías a las que pudieran ascender las indemnizaciones con ocasión de la irrogación de daños por sistemas de IA, la seguridad jurídica que ofrece al operador, que puede prever *ex ante* la cifra con la que tendrá que pechar de acreditarse los presupuestos de la responsabilidad, y la desincentivación del

aseguramiento de esta clase de sectores, no es menos cierto que esta apuesta no responde a uno de los principios vertebradores más genuinos del Derecho de Daños, que no es otro que el de la *restitutio in integrum*. En su virtud, se pretende que la víctima o perjudicado al que le ha sido lesionado su derecho absoluto a no ser dañado, de acuerdo con el principio *neminem laedere*, sea colocado en la posición más exacta que hubiera ocupado de no haber padecido el evento lesivo[65]. Se trata, pues, de reparar todo el daño producido, pero sin que ello suponga un enriquecimiento injusto a su favor. Pues bien, con el establecimiento *ex lege* de importes máximos resarcitorios es evidente que no se le da cabida, al menos en toda su extensión, al principio de la reparación integral del daño, toda vez que su cuantía podrá superar, en ocasiones con creces, las reseñadas horquillas.

Sea como fuere, la Ley de IA, al igual que determina los importes máximos a pagar al perjudicado, estipula una serie de plazos de prescripción en su art. 7, de acuerdo con análogo criterio que allí empleaba. En otras palabras, para las demandas por responsabilidad civil relativas a daños contra la vida, la salud o la integridad física, el plazo de prescripción será de treinta años, a contar desde la fecha en que se produjo el daño; y para las demandas por responsabilidad civil relativas a daños materiales o morales considerables que resulten en una pérdida económica comprobable, el plazo de prescripción será de «a) diez años a partir de la fecha en que se produjo el menoscabo a los bienes o la pérdida económica comprobable resultante del daño moral significativo, respectivamente, o b) treinta años a partir de la fecha en que tuvo lugar la operación del sistema de IA de alto riesgo que causó posteriormente el menoscabo a los bienes o el daño moral». A nuestro juicio, la técnica de la Ley de IA, en este punto, es, cuando menos, criticable, porque incurre en un error de principio, al tiempo de regular el *dies a quo* del plazo de prescripción. Y es que desconoce que en tema de responsabilidad civil extracontractual el cómputo del meritado plazo parte del efectivo conocimiento por el perjudicado de la producción del daño y de la capacidad de aquel para ejercitar la correspondiente acción[66]. En este sentido, de encontrarnos ante daños corporales, el criterio aplicable será, por lo general, el de la estabilización o consolidación definitiva de las lesiones o secuelas padecidas[67]. En caso de perjuicios estrictamente materiales, habremos de diferenciar, a su vez, entre los llamados permanentes o de producción instantánea y los conocidos daños continuados. Con respecto a los primeros, el plazo de prescripción comenzará «desde que lo supo el agraviado»[68]. En cuanto a los daños continuados, tal plazo se iniciará cuando se conozca el alcance definitivo de los mismos, salvo que puedan fraccionarse en períodos temporales determinados[69].

Por lo demás, a nuestro entender, los plazos de prescripción descritos no parecen conciliar demasiado bien con los que ya disponemos, en general, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual que regula nuestro Código.

De facto, de la lectura de la Ley de IA, da la sensación de que el legislador comunitario, al tiempo de su redacción, en ningún momento pensó en la responsabilidad que pudiera derivarse de la circulación de vehículos a motor con sistemas de IA incorporados. Y es que lo cierto es que produce verdadera inquietud contar con plazos tan excesivamente amplios, al menos, insistimos, en el sector que ahora nos ocupa, por cuanto la prescripción halla su fundamento en la seguridad del tráfico jurídico ordinario, tendiendo a limitar una situación de incertidumbre indefinida, cosa que no se consigue con períodos de tiempo tan holgados, por lo que la solución alcanzada no resulta suficientemente justificada.

2. El aseguramiento de la responsabilidad civil por el funcionamiento de los sistemas de inteligencia artificial, y su aplicación a la conducción automatizada[70]

A. Caracteres, ventajas y normativa aplicable al seguro

En el camino de regular la responsabilidad civil por el funcionamiento de sistemas de IA y su aseguramiento, como hemos puesto de manifiesto, adquiere una especial importancia la RIAR, que concreta una Propuesta de Reglamento sobre esta materia, y que venimos denominando en este trabajo «Ley de IA».

Así las cosas, el apartado 23 de esta Resolución acepta como un factor clave que define el éxito de las nuevas tecnologías el aseguramiento de la responsabilidad civil, al permitir al usuario confiar en dicha nueva técnica aun a sabiendas de que pueda sufrir un daño con su uso, o a pesar de que pueda tener que hacer frente a demandas judiciales planteadas por personas afectadas por él. A este argumento se le une la elevada probabilidad de que los dispositivos dotados de IA pudieran provocar un daño o perjuicio, incrementando todavía más si cabe cuando entran en escena aquellos a los que se les atribuye el carácter de alto riesgo[71]. Pero es que, *ad abundantiam*, nos parece palmario el hecho de que el seguro ofrece evidentes ventajas a ambas partes de la relación jurídica al margen de las expuestas. De un lado, el operador gozará de una cobertura preventiva de su patrimonio frente a eventuales daños que pudieran derivarse de un mal funcionamiento del sistema de IA —o del propio riesgo de la circulación— y ello a un coste moderado o razonable al producirse un desplazamiento del riesgo y mutualizarse entre el conjunto de operadores que hayan suscrito una póliza de seguro en ese sentido. De otro lado, la víctima o perjudicado se encontrará ante un deudor solvente que podrá hacer frente al pago de la indemnización que se haya devengado a su favor y no quedará, pues, desprotegida ante una factible insolvencia del responsable del daño.

Todos estos factores conducen necesariamente a que los titulares de dispositivos con *softwares* de IA se vean obligados a suscribir un seguro de responsabi-

lidad civil, que cubra, al menos, el importe de la indemnización establecida por la propia norma europea[72]. No obstante, la RIAR advierte de que la incertidumbre en torno al aseguramiento de estos sistemas, habida cuenta de la carencia de datos suficientes en la actualidad para proceder al cálculo actuarial de las primas, no puede servir de pretexto para elevarlas hasta el punto de resultar prohibitivas y convertirse en verdaderos obstáculos para la investigación y la innovación.

Sea como fuere, lo cierto y verdad es que el hecho de que la Resolución se apoye, para su diseño, en la Directiva 2009/103/CE, por la que se rige el seguro de responsabilidad civil de vehículos automóviles, es indicativo de la voluntad del Parlamento y, en general, de las instituciones europeas de apostar por un seguro de «responsabilidad civil»[73].

A nuestro juicio, las dificultades que algunos encuentran a la hora de encuadrar el nuevo seguro en el tenor del art. 73 LCS son más aparentes que reales. En efecto, el precepto hace nacer la obligación de pago de la indemnización a cargo del asegurador cuando su asegurado incurriera en responsabilidad civil, esto es, «sea civilmente responsable» del daño causado frente a un tercero por un hecho previsto en el contrato y dentro de los límites establecidos legal y convencionalmente. En este sentido, la desaparición de la culpa del conductor como criterio de imputación de la responsabilidad por ser el vehículo plenamente autónomo (nivel 4 o 5 SAE) y, pese a ello, causar un accidente, no es óbice para que siga respondiendo el primero, aunque ahora, ya no por la conducción, sino por el riesgo creado por la circulación de un automóvil de esas características. *A fortiori*, el seguro de accidentes del art. 100 LCS tan solo cubre a su asegurado —no a terceros víctimas o perjudicados por el siniestro— y, además, contempla únicamente como objeto de cobertura la invalidez, temporal o permanente, y la muerte, no incluyéndose ni el daño material ni el extrapatrimonial. Ello, como puede observarse, choca frontalmente con la institución de la responsabilidad civil al excluir ciertos daños que han de ser reparados conforme al art. 1106 CC, pero también según el contenido del art. 5 de la Ley de IA. Por ende, no podemos mostrarnos más conformes con la postura adoptada por la UE.

Sentada la compatibilidad de nuestro régimen con el de la RIAR y atendiendo al principio de especialidad que contempla el art. 2 LCS, resta examinar la normativa que le sería de aplicación al seguro de responsabilidad civil de vehículos automóviles dotados con sistemas de IA. En primer lugar, este se regirá por la normativa específica que pudiera crearse al efecto, la cual habrá de tener rango de ley en consonancia con la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR, desde ahora)[74]; en defecto de la anterior, se regulará por la general que se prevea para la responsabilidad civil por el funcionamiento de sistemas de IA, en caso, claro está, de recogerse normas concretas acerca del aseguramiento de su

uso; en tercer lugar, ya a nivel interno, resultará aplicable la LCS[75] y el RSOA; y, finalmente, de cumplirse los presupuestos legales necesarios para entender que estamos ante un seguro de grandes riesgos, la LOSSEAR —y no la LCS, cuyos preceptos tendrán carácter dispositivo—[76].

B. Delimitación del riesgo cubierto y daños excluidos

La delimitación del riesgo cubierto por el seguro de responsabilidad civil ahora analizado o, lo que es lo mismo, lo que constituye su objeto, debe realizarse a partir de una adaptación del art. 73 LCS. Así, podríamos definir esta tipología de contrato como aquel por el que el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en la póliza, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado-operador de un sistema de IA incorporado a un vehículo a motor de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado-operador, conforme a Derecho.

Esos daños y perjuicios cubiertos por la póliza suscrita serán tanto materiales (pérdida efectivamente sufrida y ganancia dejada de percibir, o daño emergente y lucro cesante), como morales (de condición extrapatrimonial), siempre que nazcan con ocasión del siniestro *ex* art. 1.2 TRLRCSCVM.

Ahora bien, de acuerdo con el art. 5 del mismo cuerpo legal, deberán excluirse de cobertura, según los resultados de nuestro estudio, aquellos daños ocasionados a la persona del operador-ocupante, tal y como ocurre actualmente con la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos convencionales, y ello a pesar de que algunos autores entiendan que haya de alcanzarle la meritada cobertura[77]. Efectivamente, con anterioridad hemos tenido la oportunidad de explicar que la *desaparición* de la culpa por ser el vehículo autónomo el que, con su decisión, determina el origen del daño no impide que se pueda seguir imputando la responsabilidad del accidente al operador, pero ahora no por el riesgo de su conducción, sino por el creado por la circulación de un vehículo autónomo y, además, en calidad de supervisor de la marcha[78].

Siguiendo esta misma línea argumental, el seguro obligatorio tampoco podrá cubrir los daños materiales que se concreten en el propio vehículo asegurado, ni en bienes de su propietario, así como tampoco en aquellos que pertenezcan a los pasajeros del automóvil que haya causado el accidente[79], sin perjuicio de la contratación de una póliza voluntaria de daños materiales propios.

Especialmente dudoso es el caso de *hackeo* de un vehículo a motor con resultado de daños a terceros, y su cobertura por el SOA. Según la legislación vigente, el apartado tercero del art. 5 TRLRCSCVM dispone que quedan excluidos de la

cobertura obligatoria los daños personales y materiales con motivo de la circulación del vehículo causante, si hubiera sido robado, que no hurtado. En el primer supuesto, de no haber sido causado el daño con el vehículo de manera dolosa o utilizado este último como instrumento para la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes[80], será el Consorcio de Compensación de Seguros (CCS, en adelante) quien asuma, hasta el límite cuantitativo del aseguramiento obligatorio y en primera instancia, la indemnización por los daños personales y materiales irrogados, en virtud del art. 11 TRLRCSCVM[81]. En el segundo supuesto, será el asegurador del vehículo quien deberá responder al encontrarse el hecho dentro del ámbito del SOA, a partir de una exégesis del art. 6 TRLRCSCVM.

Sea como fuere, el *hackeo*, a nuestro entender, aunque *a priori* pudiera asimilarse al hurto más que al robo, toda vez que no mediaría ni fuerza —física— en las cosas ni violencia o intimidación en las personas, como exige el CP[82], en realidad, podría llegar a interpretarse que la manipulación del sistema de IA podría encuadrarse dentro de una de las circunstancias que concreta el art. 238 CP para tipificar la acción como delito de robo[83].

En cualquier caso, este debate, al menos por ahora, se manifiesta estéril, por cuanto será labor del legislador incluir dentro de una u otra tipología el *hackeo* de vehículos a motor y, en su caso, de la jurisprudencia que interpretará la normativa aprobada.

Por último, hemos de referirnos brevemente a dos supuestos que no será infrecuente que se planteen en la práctica y que no son otros que, de un lado, el de la alteración del *software* de IA por parte del asegurado, o con su consentimiento o conocimiento, y, de otro, el de la no instalación de las actualizaciones que afecten a la seguridad del vehículo que el fabricante hubiera recomendado aplicar al sistema. En estos casos, de acuerdo con nuestro estudio, de cara a indemnizar al tercero perjudicado, desde nuestro prisma, no tendrá incidencia alguna, por cuanto se trataría de una excepción inoponible a este último. En primer lugar, porque estaría fundada en el incumplimiento por el asegurado del contrato de seguro suscrito[84]. En segundo lugar, porque consistiría en la exigencia de una determinada conducta al sujeto cubierto por la póliza[85]. Ello, sin embargo, será sin perjuicio de que el asegurador ejercite la oportuna acción de repetición frente a su asegurado una vez haya verificado el pago de la indemnización[86].

C. La acción directa y la acción de repetición

El párrafo segundo del apartado primero del art. 7 TRLRCSCVM, en clara sintonía con lo que preceptúa el art. 76 LCS, confiere al perjudicado —o a sus herederos— una acción directa para exigir al asegurador de la responsabilidad

civil la satisfacción de la indemnización que se hubiera devengado, acción que estará sujeta al plazo de prescripción de 1 año.

Esta posibilidad permite al perjudicado tener a su alcance a un deudor solvente que asuma el pago de la indemnización, además de liberarlo de la carga de identificar al responsable-operador del vehículo a motor, habida cuenta de que el mismo adquiere una verdadera obligación legal de manifestar al tercero perjudicado —o a sus herederos— la existencia del contrato de seguro y su contenido.

Con todo, frente a esta acción directa, la aseguradora no podrá oponer al tercero perjudicado las excepciones personales que tenga contra su asegurado por así imponerlo el art. 76 LCS[87], aunque sí que podrá hacer lo propio cuando se trate de excepciones personales que ostente frente al perjudicado[88], así como cuando el siniestro se deba a su culpa exclusiva[89]. Ello ha de ponerse en relación con el art. 6 TRLRCSCVM, dada cuenta de que este prevé para el seguro de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor aquellas causas por las que la aseguradora no podrá negarse en ningún caso al abono de la indemnización debida al perjudicado[90], sin perjuicio de ejercitar posteriormente la acción de repetición frente al responsable del daño, como más adelante se pondrá de relieve.

Por lo demás, creemos que las excepciones del art. 6 TRLRCSCVM que resultan inoponibles al tercero perjudicado seguirán gozando de plena validez aun implementándose y desarrollándose la técnica en torno a los vehículos automatizados por las razones ya indicadas líneas más atrás, relativas tanto a la vigencia del riesgo de la circulación, cuanto al deber que asume el operador de supervisar la marcha.

Al margen de lo anterior, la activación de la acción directa por mor del evento dañoso no impide que, una vez satisfecho el pago por el asegurador, este promueva el ejercicio de la facultad de repetición en los casos legalmente previstos frente a su asegurado, en consonancia con lo dispuesto en el art. 10 TRLRCSCVM[91].

Así, la letra a) de este precepto contempla la acción de repetición «Contra el conductor, el propietario del vehículo causante y el asegurado, si el daño causado fuera debido a la conducta dolosa de cualquiera de ellos o a la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas».

Desde nuestro punto de vista, la conducción autónoma no va a hacer desaparecer esta causa ni en lo que se refiere a la intervención de una conducta dolosa imputable a los sujetos enumerados en la disposición, ni en lo que respecta al manejo del vehículo bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas tóxicas. Lo explicamos.

En el primero de los supuestos, ya hemos reconocido que la conducta dolosa podrá desplegarse a través de una alteración del *software* de IA, lo cual pudiera llegar a provocar un siniestro con daño a terceros. A su vez, la manipulación se podría ejecutar bien por el operador, propietario o asegurado del automóvil, bien por un tercero ajeno. De estar ante el primer escenario, no existe dificultad alguna para que entre en juego la acción del art. 10, letra a) TRLRCSCVM[92]. Por contra, el problema se plantea de ser un tercero quien *hackeara* el sistema, ya que, en función de si consideramos que el *hackeo* entra dentro del delito de hurto o, en verdad, se encuadra en el tipo penal de robo con fuerza, la acción de repetición tendrá o no viabilidad, respectivamente. En efecto, el robo excluiría tal acción, toda vez que el art. 5.3, en relación con el art. 11.1, letra c), ambos del TRLRCSCVM recuerdan que corresponde al CCS indemnizar los daños ocasionados en España por un vehículo que esté asegurado y haya sido objeto de robo o robo de uso. De forma que el tercero habría de accionar frente a este organismo, en aras de ver satisfechas sus pretensiones resarcitorias —y no, pues, frente a la aseguradora—[93]. Sin embargo, el hurto, en hipótesis, sí que permitiría al asegurador plantear la operatividad de la acción de repetición de habérsele reclamado responsabilidad por el damnificado previamente, habida cuenta de que el art. 5.3 no menciona el citado tipo penal. Pero, ahora, por la vía del art. 10, letra b) TRLRCSCVM, a saber, contra el tercero responsable de los daños.

En el segundo de los supuestos, la circulación bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas tóxicas, desde nuestro prisma, adquirirá relevancia en la conducción automatizada por lo declarado *supra* al poder seguir imputándosele responsabilidad al operador por el riesgo de la subrayada circulación y en tanto que garante del correcto funcionamiento del vehículo[94].

Y análoga argumentación puede extrapolarse a la causa recogida en la letra c) del art. 10 TRLRCSCVM, que ampara la facultad de repetición contra el tomador del seguro o asegurado, en el caso de conducción del vehículo por quien carezca del permiso de conducir[95]. Ello responde a una razón obvia, que tiene que ver con que en modo alguno podrá supervisar la marcha de un vehículo automatizado quien carezca de los más elementales conocimientos sobre su uso o manejo[96].

En suma, el seguro de responsabilidad civil no solo está llamado a mantener su actualidad en toda su extensión pese a la puesta en circulación de vehículos automatizados o semiautomatizados, sino que su utilidad se erigirá como estandarte hasta el punto de convertirse en una verdadera necesidad en favor de los operadores, en tanto que potenciales responsables de que acaezca el riesgo de causar daños a terceros que ni ellos mismos podrían haber previsto al no ser los sujetos activos de la conducción.

IV. CONCLUSIONES

I. Del examen del TRLRCSCVM y del RSOA puede inferirse que el juego de la responsabilidad civil automovilística y su aseguramiento, en general, se asienta sobre varios elementos, cuales son el concepto de «vehículo a motor», el de «hecho de la circulación» y, por último, el de «conductor», que habrán de tener incidencia directa sobre la conducción automatizada o semiautomatizada.

II. En este sentido, a nuestro juicio, nada impide que el vehículo autónomo, o dotado de cierta autonomía, entre dentro de la definición legal de vehículo a motor que se viene entendiendo a día de hoy y que emplea el RSOA, siempre que, en primer lugar, esté dotado de motor; y, en segundo lugar, el vehículo hubiera sido homologado en su conjunto o, en su caso, el sistema a él incorporado que permite su automatización, o bien se hubiera obtenido una homologación especial y provisional para componentes técnicos que no resultaran compatibles con la vigente legislación.

III. Asimismo, la normativa sobre responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor y su aseguramiento, a nuestro entender, sigue siendo compatible, hoy día, con las nuevas formas de conducción, teniendo cabida esta clase de vehículos dentro del concepto de «hecho de la circulación» conforme lo viene interpretando el TJUE y el TS español.

IV. Del mismo modo, que la decisión mecánica de desplazar el vehículo se le atribuya a un sistema de IA, y no a un ser humano, no supone obstáculo alguno para seguir imputando a este último la responsabilidad al producirse un cambio en el papel asumido por este, en el bien entendido de que pasará de ser conductor a mero supervisor de la marcha y, en consecuencia, responsable de haber puesto en circulación un elemento peligroso, como es un vehículo a motor provisto de un *software* de IA. Esta responsabilidad del operador, sin embargo, no será absoluta, sino que se verá modulada o disipada, e incluso compartida con otros sujetos (piénsese en el fabricante del sistema de IA, en el del vehículo o incluso en las aseguradoras de la responsabilidad civil), en atención a las circunstancias en las que se haya producido el siniestro.

V. Por otra parte, la «Ley de IA», o «Artificial Intelligence Act», tal y como la conocen en las instancias europeas, por descontado, con su promulgación, adquirirá una verdadera importancia al tiempo de regular la responsabilidad civil en la que haya podido incurrir el operador de un vehículo automatizado o semiautomatizado. Sin embargo, esa normativa

no nos cabe duda de que coexistirá junto con la propia del ámbito de la circulación de vehículos a motor, la cual, por cierto, habrá de tener una aplicación preferente, en tanto que especial, sin perjuicio de su eventual reforma precisamente por la entrada en vigor de aquella Ley. Sea como fuere, en este contexto, también tendrá un papel decisivo tanto la normativa relativa al seguro obligatorio de vehículos, como la reguladora de la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos.

VI. Finalmente, en tema de aseguramiento de la responsabilidad, parece claro que la obligatoriedad de suscribir un seguro de responsabilidad civil se muestra como una apuesta segura para el operador del vehículo, que verá cubierto preventivamente su patrimonio frente a potenciales daños que pudieran derivarse de un mal funcionamiento del sistema de IA de su vehículo y del propio riesgo que implica su circulación, pero también para la víctima o perjudicado del daño al encontrar a un deudor solvente de la responsabilidad. Así, ello resulta todavía más atractivo si partimos de la premisa de que es de todo punto compatible con la regulación vigente a día de hoy, por cuanto la desaparición de la culpa del conductor como criterio de imputación de la responsabilidad cuando sea el vehículo plenamente autónomo (nivel 4 o 5 SAE) y, pese a ello, causar un accidente, no es óbice para que siga respondiendo el primero, aunque ahora, ya no por la conducción, sino por el riesgo creado por la circulación de un automóvil de esas características.

VII. Por todo lo expuesto, cabe concluir que la entrada del vehículo automatizado en el mercado permite vislumbrar numerosos beneficios para la sociedad en su conjunto, pero también retos que han de ser atendidos necesariamente. Por todo ello, a nuestro juicio, debe abogarse por una evolución responsable de la tecnología, en aras de promover el progreso de la sociedad, reducir las altas tasas de siniestralidad vial y, al mismo tiempo, contribuir al desarrollo de un mundo mucho más verde y limpio, aunque ello siempre habrá de ir acompañado de una regulación garantista, en torno a la homologación de los distintos sistemas que se incorporen a los vehículos y, como no podía ser de otro modo, en cuanto a la eventual responsabilidad que pudiera surgir como consecuencia de la producción de un accidente mediando cierto grado de automatización.

V. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ OLALLA, M. P. (2019). Responsabilidad civil en la circulación de vehículos autónomos. En A. Muñoz Villarreal (Coord.) y E. Monterrosso Casado (Dir.). *Inteli-*

gencia artificial y riesgos cibernéticos. Responsabilidades y aseguramiento. Valencia: Tirant lo Blanch, (pp. 145-170).

ARROYO APARICIO, A. (2022). Vehículos autónomos, responsabilidad y seguro. Avances legislativos y perspectivas. *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, núm. 3, 127-150.

BADILLO ARIAS, J. A. (2016). *La responsabilidad civil automovilística: el hecho de la circulación*. Cizur Menor: Aranzadi.

BELÓN LAURÍN, J. A. (2022). Los vehículos autónomos y su seguro ¿hacia dónde vamos? *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 4, 7-18.

DÍAZ ALABART, S. (1989). Comentario al art. 1103 Código civil. En M. Albaladejo (Coord.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XV, Vol. I. Madrid: Edersa, (pp. 475-584).

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2000). *Derecho de daños*. Madrid: Civitas.

ELIZALDE SALAZAR, I. (2022). *Vehículos autónomos. Responsabilidad civil y seguro*. Cizur Menor: Aranzadi.

LIN, P. (2016). Why Ethics Matters for Autonomous Cars. En M. Maurer; J. C. Gerdes; B. Lenz; H. Winner (Ed.). *Autonomous Driving. Technical, Legal and Social Aspects*. Heidelberg: Springer Berlin, (pp. 69-85).

LIN, P.; JENKINS, R.; ABNEY, K. (2017). *Robot Ethics 2.0: From Autonomous Cars to Artificial intelligence*. New York: Oxford University Press.

LÓPEZ MAS, P. J. (2022). El aseguramiento del lucro cesante. Especial consideración a la paralización de empresa. *Revista de Derecho Privado*, año núm. 106, mes 2, 21-47.

PANTALEÓN PRIETO, Á. F. (1991). Comentario al art. 1902 Código civil. *Comentario del Código Civil*, T. II. Madrid: Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones, (pp. 1971-2003).

REGLERO CAMPOS, L. F. (2014a). Responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor. En L. F. Reglero Campos; J. M. Busto Lago (Coord.). *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2ª ed., T. I. Cizur Menor: Aranzadi, (pp. 1557-1892).

REGLERO CAMPOS, L. F. (2014b). La prescripción de la acción de reclamación de daños. En L. F. Reglero Campos; J. M. Busto Lago (Coord.). *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2ª ed., T. I. Cizur Menor: Aranzadi, (pp. 1237-1362).

SÁNCHEZ CALERO, F. (2001). Artículos 73 a 76 de la Ley de Contrato de Seguro. En F. Sánchez Calero (Dir.). *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*. 2ª ed. Pamplona: Aranzadi, (pp. 1201-1356).

SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2016). *Principios de derecho administrativo general*, 4ª ed., Madrid: Iustel.

SOTO NIETO, F. (1989). *Responsabilidad civil derivada del accidente automovilístico: (seguro de suscripción obligatorio)*. Madrid: La Ley.

TAPIA HERMIDA, A. J. (2020). La responsabilidad civil derivada del uso de la inteligencia artificial y su aseguramiento. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 76, 79-104.

TORROBA DÍAZ, J. (2019). La responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos autónomos. *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 1, 6-26.

VEIGA COPO, A. B. (2020). Contrato de seguro. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.). *Tratado de contratos*, 3ª ed., T. V. Valencia: Tirant lo Blanch, (pp. 7101-7550).

ZORNOZA SOMOLINOS, A. (2021). *Vehículos automatizados y seguro obligatorio de automóviles. Estudio de Derecho comparado*. Madrid: Dykinson.

NOTAS

[1.] Nosotros nos inclinamos por el empleo en el presente trabajo de la locución «conducción automatizada», rehusando, en aras de evitar malentendidos y falsas creencias, la expresión «vehículo autónomo», toda vez que bajo su dicción se encierra un error de concepto al hacerse alusión a un proceso que afecta al vehículo en su conjunto, y no solo a la conducción. En este sentido, no es dable afirmar que el vehículo es el que se automatiza, sino, muy al contrario, la conducción, a través de sistemas o *softwares* que la promueven en mayor o menor medida. Así, ZORNOZA SOMOLINOS (2021, 35) explica que «puede haber vehículos convencionales con sistemas que automatizan […] la conducción […], y pueden existir vehículos que nacen directamente con sistemas de alta o plena automatización en los que el operador llega a ser prescindible».

[2.] *Ibid*. (2021, 34).

[3.] Destaca cómo el Reglamento rechaza el uso de la expresión «vehículo autónomo» y, en su lugar, opta por la de «vehículo —conducción— automatizado», por cuanto el uso de aquella acepción es más propio de medios divulgativos, que de una normativa de carácter técnico como la que integra el Reglamento 2019/2144.

[4.] En efecto, el grado de automatización del vehículo adquirirá verdadera trascendencia práctica en tema de responsabilidad civil, toda vez que, para el caso de que ocurra un accidente del cual se derivara la producción de daños, personales, materiales o incluso morales, el modelo de conducción podrá suponer, según el supuesto, que quien respondiera de ellos fuera el fabricante del vehículo, el de los equipos tecnológicos que este tuviera instalados, o incluso el conductor, en atención a la concurrencia que haya podido tener en la conducción y, por ende, en el origen del siniestro. Sobre ello nos pronunciaremos con más detalle *infra*.

Por su parte, ARROYO APARICIO (2022, 130 y 132), en la misma línea, asume que la distinción entre una conducción plenamente autónoma y otra en la que tan solo se plantea una asistencia por parte de uno o varios sistemas inteligentes ha de tener relevancia en el plano jurídico, sobre todo, en lo que respecta a la reclamación de responsabilidad a unos u otros sujetos o a varios de ellos de presentarse una concurrencia de culpas.

[5.] Cuando nos referimos a *Advanced Driver Assistance System* aludimos a aquellos sistemas o tecnologías incorporadas a los vehículos que, como indica ZORNOZA SOMOLINOS (2021, 37), «monitorizan la conducción y emplean técnicas de visión artificial para recopilar información y ayudar al conductor humano en su tarea». Ejemplos de estos sistemas son los de frenado autónomo de emergencia, alerta de cambio de carril involuntario, detección de somnolencia y fatiga, o reconocimiento de señales de tráfico, entre otros.

[6.] Lo ponen de manifiesto ELIZALDE SALAZAR (2022, 29 y ss.); y ZORNOZA SOMOLINOS (2021, 37 y ss.).

Este último autor critica que no se cuente hasta el momento con un único baremo a seguir en esta materia, coexistiendo varios modelos de niveles de automatización, lo que se traduce en una dispersión de criterios contraria a la seguridad jurídica. Ello es lo que ha tratado de paliar la SAE con el estándar J3016, gracias al papel armonizador que asume. *Ibid*. (2021, 38).

[7.] De hecho, tan es así que la propia Instrucción 15/V-113 que comentábamos anteriormente toma como referencia la escala creada por la SAE. *Vid*. p. 6 de la Instrucción.

[8.] En cuanto a los elementos reseñados en el cuerpo de este trabajo, para una mejor comprensión, es importante destacar los siguientes extremos. En primer lugar, el movimiento del vehículo puede ser de dos tipos: longitudinal (acelerar y frenar) y lateral (dirección lateral). En segundo lugar, la monitorización del entorno se refiere a la detección de objetos, a su clasificación y a la reacción frente a los mismos. En tercer lugar, las condiciones de funcionamiento del

sistema aluden a las condiciones de visibilidad o localización geográfica del vehículo (como, por ejemplo, a limitaciones temporales, velocidad, tráfico rodado o estado de la vía). Y, por último, la llamada conducción de respaldo incide sobre la necesaria presencia de un sujeto que sea quien supervise y recupere el control de la máquina ante un eventual fallo del sistema. Se hace eco de ello TORROBA DÍAZ (2019, 11-12).

[9.] A la cuestión de si el actual sistema normativo que regula la responsabilidad civil en el marco de la automoción ofrece respuestas válidas a estos nuevos interrogantes que suscita la conducción automatizada, le dedicaremos nuestra atención *infra*, por lo que ahora simplemente dejamos planteada la duda para su posterior resolución.

[10.] Piénsese en que la conducción autónoma tenderá a evitar accidentes derivados de la fatiga o la distracción al volante, por cuanto se prescindirá del elemento que las padece, esto es, el ser humano. En este sentido, la automatización de la conducción contribuirá a reducir el número de víctimas mortales y/o heridos graves en carretera, ya que se calcula que más del noventa por ciento de los accidentes de tráfico se debe a errores humanos. Así lo reconoce explícitamente el Reglamento 2019/2144 en su Considerando 23.

Por su parte, en España, la Dirección General de Tráfico (DGT, en lo que sigue) anualmente publica el número de accidentes con víctimas morales y heridas graves que tienen causa en la circulación por carretera, cifrándolo para el 2022 en 1.142 personas fallecidas y 4.008 que sufrieron heridas de alta consideración.

Al margen de lo anterior, los siniestros derivados de fallos mecánicos del automóvil o de defectos en la configuración o diseño de alguno de los sistemas que el mismo incorpore, sin duda, seguirán produciéndose y con ellos daños eventuales que habrá que atender.

[11.] ELIZALDE SALAZAR (2022, 44).

[12.] Por ejemplo, por no reunir las aptitudes psicofísicas requeridas por la legislación vigente al estar aquejada la persona de algún tipo de anomalía física, psíquica o sensorial, o simplemente ser una persona de edad avanzada; o por no tener cumplida la edad legal requerida para la obtención del permiso o licencia.

[13.] Algunos autores vienen aseverando que un sistema de IA no puede adoptar decisiones desde el prisma moral, sino que estas son un reducto del que únicamente puede hacer uso el ser humano. LIN; JENKINS; ABNEY (2017); o LIN (2016, 69-85).

[14.] Al respecto, surgen dudas tales como si las normas reglamentarias que prohíben al conductor de un vehículo a motor circular con una tasa de alcohol en sangre superior a 0,5 gramos por litro, o de alcohol en aire espirado superior a 0,25 miligramos por litro, del art. 20 del Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, (Reglamento General de Circulación, en lo sucesivo), deberán seguir estando en vigor, o por el contrario la automatización de la conducción aconsejará una derogación de las mismas.

Otro tanto ocurre con la prohibición de circular a quienes hayan ingerido sustancias psicotrópicas, estimulantes u otras análogas, bajo cuyo efecto se altere el estado físico o mental apropiado para circular del conductor, del art. 27 Reglamento General de Circulación.

E incluso las velocidades máximas y mínimas fijadas para todo tipo de vías, de los arts. 45 y ss. del reseñado texto legal, por cuanto, con la automatización, parece que la siniestralidad, como se apuntaba, descenderá, lo cual permitirá lograr una mayor eficiencia al tiempo de circular con un vehículo a motor.

[15.] Ciertos ejemplos incluidos en el cuerpo del presente los detalla BELÓN LAURÍN (2022, 7 y ss.).

[16.] Posteriores accidentes con resultado de muerte para el conductor, ocupante, ciclista, motociclista o peatón en los que un vehículo Tesla se ha visto implicado pueden consultarse en la web *https://www.tesladeaths.com/*, donde se realiza, a partir de la información obtenida a través de distintas fuentes periodísticas y/o declaraciones oficiales, una estadística del número de muertes relacionadas con siniestros derivados de la utilización de vehículos fabricados por la compañía de Elon Musk. A fecha 31 de agosto de 2023, el total de muertes recopiladas por el citado portal asciende a 449, destacando que en el año 2022 se registró una cifra récord de 118 personas fallecidas.

Por otra parte, es también interesante el estudio de las tasas de mortalidad de conductores por marca y modelo al margen de los automóviles Tesla que se lleva a término en *https://www.iihs.org/ratings/driver-death-rates-by-make-and-model/*, que recomendamos al lector visitar.

[17.] Aunque si bien es cierto que el llamado baremo de tráfico permite reducir la inseguridad jurídica a la hora de proceder a la cuantificación de los daños producidos en accidentes de circulación por carretera, y, en particular, aquellos de corte moral, que son, por su propia naturaleza, difícilmente estimables, no lo es menos que con su aplicación resulta imposible reparar íntegramente el perjuicio padecido. Así, la víctima o perjudicado han de ser colocados en la situación más exacta que hubieran ocupado de no haber sufrido el evento dañoso, pero ello, con el baremo vigente, sin dejar a un lado ni olvidar todas sus bondades, no deja de convertir el Derecho de Daños, sobre todo en el ámbito de la circulación de vehículos a motor, en una idea utópica cuasi platónica en lo que se refiere a la reparación del perjuicio causado.

[18.] En este sentido se pronuncian ZORNOZA SOMOLINOS (2021, 117 y ss.); ARROYO APARICIO (2022, 134 y ss.); y TORROBA DÍAZ (2019, 15 y ss.).

[19.] Lo ponía de manifiesto SOTO NIETO (1989, 25) hace algún tiempo al reconocer que la responsabilidad civil del conductor es objetiva cuando los daños los sufre una persona, por cuanto la ley no exige culpa alguna para hacer nacer la obligación de reparar el perjuicio irrogado a un tercero, y la responsabilidad surge, simple y llanamente, del riesgo.

[20.] ARROYO APARICIO (2022, 134-135) entiende que la responsabilidad derivada del daño a las personas debe ser clasificada como cuasi objetiva, por razón del riesgo creado por la conducción del vehículo. En cambio, para el caso de daños en los bienes, el conductor respondería conforme a las normas generales de responsabilidad extracontractual.

A nuestro juicio, no teniendo reparos en aceptar la tesis que asume la autora en lo que respecta a la responsabilidad por la causación de daños en bienes patrimoniales, sí que mostramos nuestra disconformidad con la calificación de la responsabilidad cuando quien padece un perjuicio es un bien de corte personal. Y es que, para nosotros, la responsabilidad por riesgo no ha de emplearse como término sinónimo de responsabilidad cuasi objetiva, toda vez que esta última lo que encierra en su concepto no es más que un problema de *onus probandi*, a saber, de quién es el sujeto que ha de soportar la carga de la prueba. En efecto, a modo de ejemplo, la responsabilidad del empresario del art. 1903.V CC dimana del riesgo que entraña el ejercicio de dicha actividad, pero, no obstante, el Código la tacha de subjetiva —o por culpa—, y, al mismo tiempo, exige al empresario que para liberarse de ella acredite haber obrado con la diligencia de un buen padre de familia. Así, el párrafo séptimo del precepto señala que «La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño», sin perjuicio de repetir frente a sus dependientes lo satisfecho en concepto de daño *ex* art. 1904.I del mismo *corpus* legal.

Por ende, responsabilidad por riesgo no debe confundirse con el carácter objetivo o subjetivo que pudiera ostentar la meritada responsabilidad.

Representa la doctrina del riesgo la notoria STS, Sala de lo Civil, núm. 185/2016, de 18 de marzo, (RJ 2016,983), identificada por todos como «caso Macumba», en la que el Alto Tribunal razonó ante un supuesto en el que un cliente de una sala de fiestas había sufrido un corte en uno de sus pies tras pisar un vaso de cristal roto que estaba en el suelo del local, que es patente la imposibilidad de eliminar por completo el riesgo a sufrir un evento dañoso como el padecido, pero no lo es reducirlo tomando medidas específicamente dirigidas al efecto. Es por ello que la responsabilidad para el empresario derivó no tanto de la objetivación de la responsabilidad, como de no desplegar toda la diligencia que le era exigible en aras de minimizar los riesgos de que los asistentes sufrieran un percance como el que ocurrió en autos.

Como nosotros, REGLERO CAMPOS (2014a, 1600 y ss.) acepta que la responsabilidad en la circulación de vehículos a motor es objetiva y el riesgo provoca que el que lo controla responda «de forma prácticamente objetiva», pero sin llegar a ello necesariamente, a menos que la norma se exprese de un modo contrario.

[21.] En otras palabras, suele ser frecuente que las normas comunitarias, principalmente las Directivas, regulen el contenido mínimo y esencial de la cuestión armonizada a nivel europeo, y dejen un amplio margen de maniobra a la actuación de los distintos Estados miembros, al tiempo de establecer normativas más estrictas que las allí estipuladas. De hecho, el art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE, en adelante) declara que: «La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios».

[22.] *Vid*. *infra* la exégesis que hace el TJUE del concepto de «vehículo a motor» o de «hecho de la circulación», entre otros.

[23.] En concreto, la Directiva 2021/2118 atiende, en particular, a la velocidad máxima de fabricación y el peso neto del vehículo, debiendo entrar dentro del ámbito del concepto tan solo los que estén accionados exclusivamente mediante una fuerza mecánica, y con independencia del número de ruedas que pudiera tener. De igual modo, no considera vehículo las sillas de ruedas destinadas a ser utilizadas por personas con discapacidad física, tal y como ahora explicitaremos en el cuerpo del presente.

[24.] Muy ilustrativa es la STJUE, Sala Tercera, de 4 de septiembre de 2014, Asunto *Damijan Vnuk v. Zavarovalnica Triglav d.d.*, (C-162/13), (TJCE 2014,297), en la que se analiza la posible inclusión de un tractor dentro de la definición de «vehículo» del art. 1 Directiva 2009/103/CE y, en su caso, la obligación de asegurar necesariamente la responsabilidad civil en que pudiera incurrirse con su conducción.

En cuanto a la primera cuestión, el Alto Tribunal precisa que su encaje en el concepto no depende del uso que se haga o pueda hacerse del mismo, concluyendo que «Por lo tanto, el hecho de que un tractor, eventualmente dotado de remolque, pueda, en determinadas circunstancias, ser utilizado como maquinaria agrícola es irrelevante a efectos de la constatación de que tal vehículo responde al concepto de «vehículo»».

Por lo que respecta al deber de aseguramiento de la responsabilidad civil prevista en el art. 3 Directiva del año 2009, el TJUE advierte que, para que nazca, habrán de concurrir dos presupuestos. Uno, que «es necesario que ese vehículo tenga su estacionamiento habitual en el territorio de un Estado miembro». Y dos, que dicho Estado miembro no haya «excluido ese tipo de vehículo del ámbito de aplicación de la citada disposición», por haberle atribuido una matriculación especial, conforme al art. 4, letra b) de la Directiva.

[25.] Resulta interesante en este punto traer a colación el Anteproyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, (APL, desde ahora), habida cuenta de que incide en el concepto de «vehículo a motor» en un intento de armonizar la legislación comunitaria y nacional, y al mismo tiempo transponer la Directiva 2021/2118. En efecto, el APL pretende incorporar un nuevo artículo 1 bis al TRLRCSCVM, en el que se determine cuándo estaremos, a los efectos de dicha ley y su normativa de desarrollo, ante un vehículo a motor, estableciendo que: «Se entiende por vehículo a motor: a) Todo vehículo automóvil accionado exclusivamente mediante una fuerza mecánica que circula por el suelo y que no utiliza una vía férrea, con: i. una velocidad máxima de fabricación superior a 25 km/h, o ii. un peso neto máximo superior a 25 kg y una velocidad máxima de fabricación superior a 14 km/h. b) Todo remolque destinado a ser utilizado con uno de los vehículos a que se refiere la letra a), tanto enganchado como no enganchado», excluyendo del ámbito objetivo tanto a los ferrocarriles, tranvías y vehículos que circulen por las vías que les sean propias, como «las sillas de ruedas destinadas exclusivamente a ser utilizadas por personas con discapacidad física».

Parece claro que de la lectura del precepto transcrito se desprende que no estamos más que ante una simple traslación o transposición del contenido regulado en la Directiva 2021/2118 a la normativa interna española, sin que se añada cuestión alguna que desarrolle lo propugnado desde Europa.

[26.] En efecto, el art. 59 Ley Tráfico dispone que «Con objeto de garantizar la aptitud de los conductores para manejar los vehículos y la idoneidad de estos para circular con el mínimo de riesgo posible, la circulación de vehículos a motor y de ciclomotores requerirá de la obtención de la correspondiente autorización administrativa previa», del permiso de circulación del vehículo y de la tarjeta de inspección técnica. En este sentido, el desarrollo del citado precepto se encomienda al RGV, en su art. 25, que establece que «Para poner en circulación vehículos de motor, así como remolques y semirremolques de masa máxima autorizada superior a 750 kilogramos, será preciso matricularlos y que lleven las placas de matrícula con los caracteres que se les asigne, del modo que se establece en el anexo XVIII. Esta obligación será exigida a los ciclomotores y ciclos de motor […]». Y concluye, «Previamente a su matriculación, los vehículos citados en el apartado anterior deben estar dotados del correspondiente certificado oficial que acredite sus características técnicas esenciales y su aptitud para circular por las vías públicas, que se expedirá: a) Por los órganos competentes de la Administración o entidades delegadas, si se trata de vehículos que corresponden a tipos homologados incompletos, no homologados, matriculados anteriormente en otro país, vehículos usados procedentes de subastas oficiales realizadas en España o vehículos nuevos adquiridos directamente en otro país y que posean un certificado de conformidad CE. b) si se trata de vehículo nuevo que corresponde a tipo homologado según la legislación nacional u homologación CE».

[27.] *Vid*. *supra* apartado 1.

[28.] SANTAMARÍA PASTOR (2016, 258 y ss.).

[29.] ELIZALDE SALAZAR (2022, 37).

[30.] Sobre esta cuestión es interesante el análisis que efectúa ZORNOZA SOMOLINOS (2021, 81-84), a partir del cual estima que «el vehículo automatizado en pruebas necesita de un seguro de responsabilidad civil que ofrezca las mismas coberturas económicas que el SOA, pero sin ser un SOA».

Esta consecuencia, en efecto, se infiere del texto de la Instrucción al declarar que «El propietario del vehículo autónomo o cualquier persona que tenga interés en su aseguramiento

estará obligado a suscribir y mantener en vigor un contrato de seguro que cubra hasta la cuantía de los límites del aseguramiento obligatorio de vehículos a motor, así como la responsabilidad civil derivada de los posibles daños causados en las personas o los bienes con motivo de la circulación durante la realización de las pruebas en vías abiertas al tráfico en general».

Y es que lo cierto y verdad es que del tenor literal de la norma no es descabellado pensar que el propietario del vehículo automatizado, en el contexto explicado, habrá de contar con dos seguros de daños distintos o, al menos, con uno que alcance a la cobertura obligatoria del SOA y con otro de carácter voluntario —o de daños propios—.

Sin embargo, también es cierto que cabe la posibilidad de que el legislador estuviera pensando, al tiempo de la redacción, en un único seguro, encuadrable dentro del SOA, aunque finalmente materializara su voluntad, debido al empleo de una técnica legislativa mejorable, no de la forma más idónea, en tanto que habría incurrido en una reiteración innecesaria o expresión pleonástica.

[31.] La Directiva 2021/2118 aclara que «Estas actividades exentas deben tener lugar en una zona restringida y demarcada de tal manera que se garantice que el tráfico ordinario, el público y cualquier persona no relacionada con la actividad no puedan compartir efectiva o potencialmente el itinerario recorrido. Estas actividades suelen incluir las que se desarrollan en circuitos o itinerarios destinados al automovilismo y en las zonas que se encuentran en sus inmediaciones, como las zonas de seguridad, las zonas destinadas a las paradas técnicas y los garajes, en las que el riesgo de accidente es mucho mayor en comparación con las carreteras normales y a las que no deberían acceder personas no autorizadas».

[32.] Es por ello que coincidimos plenamente con el planteamiento que efectúa ZORNOZA SOMOLINOS (2021, 123) al apuntar, tal y como nosotros hacemos, que «el vehículo automatizado encajaría en el concepto de vehículo a motor del R.SOA».

[33.] Ríos de tinta han corrido en torno a si la actividad generadora de riesgo es la circulación de un vehículo o, por el contrario, su conducción. Para REGLERO CAMPOS (2014a, 1604 y ss.) la circulación de un vehículo lleva implícita su conducción. En cambio, para ZORNOZA SOMOLINOS (2021, 126) el riesgo lo crea la propia conducción, que es la que se objetiviza, y no la circulación, lo que se justifica en que la imputación de responsabilidad lo sea por el riesgo que aquella entraña, al margen del elemento culpabilístico que haya podido mediar por parte del conductor. Nosotros no podemos compartir esta corriente de pensamiento, colocándonos en la línea que viene marcando tanto el legislador europeo, cuanto el TJUE y el TS español, en el sentido que se dirá.

[34.] BADILLO ARIAS (2016, 178-189).

[35.] A estos fines resulta cuando menos llamativa la argumentación empleada por el TJUE, Sala Segunda, en su Sentencia de 20 de junio de 2019, Asunto *Línea Directa Aseguradora, S.A. v. Segurcaixa, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros*, (C-100/18), (TJCE 2019,111) para resolver el supuesto de hecho del que conoció. La sentencia traía causa de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español, cuyo sustrato jurídico radicaba en decidir si, pese a encontrarse estacionado el vehículo en un garaje privado, los daños que había originado en el inmueble en el que se encontraba ubicado más de 24 horas después de su puesta en marcha, a resultas de su incendio por un cortocircuito eléctrico del propio vehículo, debían ser cubiertos por la póliza del SOA o, por el contrario, por el seguro del hogar. Pues bien, el TJUE concluyó que el concepto de «circulación de vehículos» comprende «cualquier utilización de un vehículo que sea conforme con su función habitual», no limitándose a situaciones de circulación en sentido estricto. Y, por lo tanto, el estar inmovilizado el automóvil al tiempo del siniestro no puede excluir, por sí solo, la función de medio de transporte que tiene.

[36] *Vid*. STJUE, Sala Sexta, de 15 de noviembre de 2018, Asunto *«BTA Baltic Insurance Company» AS v. «Baltijas Apdrošināšanas Nams» AS*, (C-648/17), (JUR 2018,304727).

[37] Sobre la inclusión como «hecho de la circulación» de siniestros ocurridos con el vehículo parado se viene pronunciando desde hace años la Sala de lo Civil del TS. Entre otras, pueden citarse las siguientes SSTS, misma Sala, núm. 1116/2008, de 2 de diciembre, (RJ 2009,417); núm. 816/2011, de 6 de febrero, (RJ 2012,4983); núm. 415/2015, de 1 de julio, (RJ 2015,2557); o núm. 556/2015, de 19 de octubre, (RJ 2015,4896).

[38] Esta definición se construye a partir de los elementos recogidos en el art. 1, en relación con el art. 8 de la Convención sobre la circulación vial, firmada en Viena el 8 de noviembre de 1968, que prescriben que «conductor» será «toda persona que conduzca un vehículo, automóvil o de otro tipo (comprendidos los ciclos), o que por una vía guíen cabeza de ganado, solas o en rebaño, o animales de tiro, carga o silla», la cual «deberá poseer las cualidades físicas y psíquicas necesarias y hallarse en estado físico y mental de conducir» y, al mismo tiempo, «poseer los conocimientos y la habilidad necesarios para la conducción del vehículo». En cualquier caso, el precepto aclara que el conductor tendrá que disponer en todo momento del dominio de su vehículo o de poder guiar sus animales; y en el art. 4 de la Convención sobre circulación por carretera y transporte por vehículos automotores, firmada en Ginebra el 19 de septiembre de 1949, que dispone que coincidirá con «toda persona que conduzca un vehículo (inclusive bicicletas) o guíe animales de tiro, carga, silla o rebaños por una carretera, o que tenga a su cargo el control efectivo de los mismos».

Sea como fuere, si bien España forma parte de la Convención de Ginebra, huelga decir que el legislador español se basó para la redacción de la ley nacional en la firmada en Viena, cuyo contenido resulta más preciso que el de aquel texto legal.

[39] En efecto, tal y como advirtió la Comisión de Transportes y Turismo del Parlamento Europeo en su Informe sobre la conducción autónoma en los transportes europeos de fecha 5 de diciembre de 2018, «las normas sobre responsabilidad [en particular, la Directiva 2009/103/CE y la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, (Directiva 85/374/CEE, en lo que sigue)] no fueron diseñadas para dar respuesta a los retos que plantea el uso de vehículos autónomos […] y cada vez hay más pruebas de que el actual marco reglamentario, especialmente con respecto a la responsabilidad, las pólizas de seguro, el registro y la protección de los datos personales, ya no será suficiente ni adecuado cuando haya que hacer frente a los nuevos riesgos derivados del aumento de la automatización, la conectividad y la complejidad de los vehículos».

[40] TAPIA HERMIDA (2020, 85).

[41] Y es que, según la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de enero de 2019, sobre la conducción autónoma en los transportes europeos (2018/2089(INI)), «es necesario poder determinar de manera inequívoca quién es el culpable en cada caso particular» ante una más que probable intervención de pluralidad de sujetos responsables del daño.

[42] ARROYO APARICIO (2022, 138-139).

[43] ARROYO APARICIO (2022, 139); y ELIZALDE SALAZAR (2022, 165 y ss.).

[44] Sobre este aspecto tendremos ocasión de pronunciarnos *infra*.

[45] Por un lado, porque nuestra regulación jurídica, en lo que se refiere a la imputación de responsabilidad, toma como axioma la culpa o negligencia en que debe incurrir el agente del daño, siendo su ausencia ciertamente excepcional y tasada. En efecto, el art. 1902 CC exige como presupuesto para reclamar responsabilidad al causante del daño que este lo haya provoca-

do interviniendo culpa o negligencia, donde cabría entender incluido por interpretación el dolo. Por el otro, porque esta tipología de seguro no concilia ni con el seguro de responsabilidad civil *ex* art. 73 y ss. Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, (LCS, desde ahora), ni con el de accidentes *ex* art. 100 y ss. LCS, lo que obligaría a configurar una nueva tipología —incorporada en la LCS o en una ley especial— con lo que ello supondría, habida cuenta de que, entre otras cuestiones, habría que diseñar su naturaleza, la cuantificación del daño, la eventual acción de repetición o las causas de exoneración del asegurador.

[46] *Ad exemplum*, el legislador inglés fue el primero que implementó el *no-fault insurance* en el Reino Unido, en materia de accidentes de circulación con vehículos autónomos, a través del *Automated and Electric Vehicles Act*, en el mes de julio de 2018. Disponible en: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/18/contents [fecha de consulta: 2 de octubre de 2023].

Sin embargo, huelga explicitar en este momento las diferencias que presenta el *Common Law* frente al modelo del *Civil Law* por el que nosotros nos regimos.

[47] Como la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones —Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano (COM(2019) 168 final); o el Libro Blanco sobre la inteligencia artificial— un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza (COM(2020) 65 final).

[48] 2020/2014(INL).

Y, en menor medida, por la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas (RIAE, en adelante), (2020/2012(INL)).

[49] Pero, es más, en España, resulta aún más pertinente si cabe tal adaptación, por cuanto, como se ha podido esgrimir, nuestra normativa interna no solo presenta particularidades, tales como las relativas al criterio de imputación según el daño recaiga sobre un bien personal o material, sino que, en este momento, es perfectamente compatible con los daños irrogados con ocasión de la conducción automatizada, lo cual exigirá un esfuerzo considerable de reformulación normativa.

[50] Si bien la Ley de IA en su art. 8 recoge una suerte de responsabilidad subjetiva para otros sistemas de IA que no sean de alto riesgo, por razones didácticas hemos considerado apropiado no incluir en el presente un subepígrafe *ad hoc* que la examine, por cuanto este régimen no le será aplicable al objeto de nuestro estudio, al encontrarse ubicado, en verdad, dentro de la regulación que aplica a los sistemas de alto riesgo.

[51] De hecho, por si no era evidente la postura asumida por la Ley, aclara el apartado tercero del art. 4 de esta que «Los operadores de un sistema de IA de alto riesgo no podrán eludir su responsabilidad civil alegando que actuaron con la diligencia debida o que el daño o perjuicio fue causado por una actividad, un dispositivo o un proceso autónomos gobernados por su sistema de IA […]».

[52] A nadie extraña que tanto el sector de la circulación de vehículos a motor dotados con sistemas de IA, cuanto el ámbito asegurador quedarán insertos de manera expresa en el reseñado Anexo, en el bien entendido de que la dinámica que les afecta, ya a día de hoy, genera verdaderos riesgos para la sociedad en su conjunto y cuya materialización en un daño ha de ser abordada con celeridad y sin reservas. Y es que una respuesta distinta carecería de sentido y no conciliaría de manera correcta con el sistema vigente en España en la actualidad.

[53] Así ocurre, entre otras, con la responsabilidad que se le imputa al poseedor del animal, o al que se sirve de él, por los daños que cause, la cual solo cesará cuando exista culpa exclusiva de la víctima o fuerza mayor, en virtud de lo dispuesto por el art. 1905 CC.

[54.] Esta atribución de responsabilidad al fabricante, pese a ubicarnos en este momento en el ámbito de la circulación de vehículos autónomos, responde a la necesaria confluencia de dos normativas diferenciadas. Por una parte, la de responsabilidad civil automovilística. Por otra parte, la de productos defectuosos. Ante este panorama, resulta acertado admitir que lo ordinario será acudir a la primera de las normas explicitadas por el principio de especialidad, más proteccionista para la víctima o perjudicado al prescindir, como se advertía, del elemento subjetivo al tiempo de reclamar responsabilidad al agente del daño.

[55.] Ello, no obstante, será sin perjuicio de que, de haber abonado la indemnización la aseguradora del vehículo a la víctima o perjudicado, esta compañía repita frente a los fabricantes, en virtud del art. 10, letra c) TRLCSCVM.

[56.] Es más, esta responsabilidad solidaria a la que venimos refiriéndonos viene establecida *ex lege* en el art. 11 de la Ley de IA, no teniendo, pues, carácter impropio, en el bien entendido de que, de existir varios operadores del sistema de IA, la consecuencia jurídica será la asunción de una responsabilidad solidaria por todos ellos. En efecto, declara el precepto que «En caso de que haya más de un operador de un sistema de IA, estos serán responsables solidarios. Si un operador final es también el productor del sistema de IA, el presente Reglamento prevalecerá sobre la Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Si el operador inicial también tiene la condición de productor en el sentido del artículo 3 de la Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, deberá aplicársele dicha Directiva. Si solo hay un operador y dicho operador es también el productor del sistema de IA, el presente Reglamento prevalecerá sobre la Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos».

[57.] Del mismo modo lo entiende ÁLVAREZ OLALLA (2019, 166).

[58.] Piénsese en la conducta negligente de un viandante que irrumpe en la vía de forma sorpresiva, provocando el cambio de carril por el vehículo autónomo, a instancia de su sistema de IA, e impactando finalmente contra otro automóvil que se encontraba circulando correctamente.

[59.] Lo ponía de manifiesto ya nuestro TS, Sala de lo Civil, en su Sentencia de 30 de septiembre de 1983, (RJ 1983,4688), al interpretar el contenido del art. 1105 CC.

[60.] El último inciso del apartado primero del art. 10 de la Ley de IA recoge, con acierto, que «El operador no será responsable si la persona afectada o la persona de la que esta es responsable es la única a la que se le puede achacar el daño o perjuicio causado».

[61.] De igual forma, el mismo art. 10, apartado primero, comienza estipulando que «Si el daño o perjuicio es causado por una actividad física o virtual, un dispositivo o un proceso gobernados por un sistema de IA o por la actuación de una persona afectada o de una persona de la que la persona afectada sea responsable, el alcance de la responsabilidad civil del operador con arreglo al presente Reglamento se reducirá en consecuencia».

[62.] Un examen exhaustivo de esta forma de interrupción del nexo causal puede verse en DÍAZ ALABART (1989, 475-584).

[63.] Y de manera ejemplificativa el precepto dispone que «Se entiende que existe dicha contribución si la víctima, por falta de uso o por uso inadecuado de cinturones, casco u otros elementos protectores, incumple la normativa de seguridad y provoca la agravación del daño».

En nuestro supuesto, podría referirse tal contribución a un mal uso, o a una manipulación, del sistema de IA incorporado al vehículo por parte de un pasajero, que fuera causa determinante del daño, aunque sin llegar a absorber plenamente la responsabilidad del operador, pues de ser así estaríamos, más bien, ante una culpa exclusiva de la víctima, que tendría como efecto la exoneración de responsabilidad del citado operador.

64. Prescribe el art. 5 Ley de IA que: «Un operador de un sistema de IA de alto riesgo que haya sido considerado responsable de un daño o perjuicio con arreglo al presente Reglamento indemnizará:

a) hasta un importe máximo de dos millones de euros en caso de fallecimiento o de daños causados a la salud o a la integridad física de una persona afectada como resultado del funcionamiento de un sistema de IA de alto riesgo;

b) hasta un importe máximo de un millón de euros en caso de daños morales significativos que resulten en una pérdida económica comprobable o en daños a bienes, también cuando distintos bienes propiedad de una persona afectada resulten dañados como resultado de un único funcionamiento de un único sistema de IA de alto riesgo […]».

65. A saber, el responsable civil habrá de indemnizar *todos* los daños que fueran imputables a su conducta, como confirma PANTALEÓN PRIETO (1991, 1998); y DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2000, 309 y ss.), entre otros autores.

66. Es imperativo recordar que, en consonancia con lo contenido en el art. 1968 CC, «Prescriben por el transcurso de un año: 2.º La acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1.902, desde que lo supo el agraviado». Dicho precepto ha de ponerse en relación con el art. 1969 del mismo texto legal, que explicita que «El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse».

67. El acudir a este criterio el TS lo ha solido justificar en el tenor literal del art. 1969 CC, en relación con el art. 1968.2º y 1964.2, todos ellos del CC, al ponerse el acento en la expresión recogida por el primer precepto: «[…] desde el día en que pudieron ejercitarse». Ejemplificativamente, la STS, Sala de lo Civil, de 30 de julio de 1991, (RJ 1991,5435), declaraba que: «en los casos de enfermedades o lesiones no se puede entender como fecha inicial del cómputo del plazo de prescripción la del alta de la enfermedad cuando quedan secuelas, sino la determinación invalidante de éstas, pues hasta que no se sepa su alcance no puede reclamarse en base a ellas; aparte, que la prescripción, en cuanto instituto no fundado en justicia intrínseca, su aplicación ha de hacerse y entenderse de forma restrictiva, y en caso de daño o lesión susceptible de indemnización que se mantiene durante largo tiempo, el comienzo del plazo ha de determinarlo el Juzgador con arreglo a las normas de la sana crítica, en cuanto el artículo 1969 no es a estos efectos un precepto imperativo, y sí de derecho dispositivo, siendo indudable que no estando el enfermo totalmente curado no puede decirse que haya comenzado el plazo de prescripción, ante las secuelas psíquicas y físicas de que adolece la esposa del recurrido, que han de tenerse en cuenta para poder comenzar a contar aquel plazo (…)».

Por lo tanto, cuando el art. 1969 CC expresa que la prescripción se contará desde que la acción pudo ejercitarse, a juicio de nuestro Alto Tribunal, para las lesiones corporales debe entenderse como posibilidad efectiva de ejercicio, es decir, cuando se tenga conocimiento del alcance definitivo del daño. Es por ello que habrán de tenerse en cuenta todas las circunstancias que rodean al particular. Ahora bien, nada impedirá que la acción sea ejercitada cuando se manifiesten los primeros daños. En este sentido, la STS, Sala de lo Civil, de 9 de junio de 1976, (RJ 1976,2691), citada por REGLERO CAMPOS (2014b, 1273 y 1279).

Así mismo, la SAP Cádiz, Secc. 8ª, núm. 64/2016, de 12 de abril, (JUR 2016,182851). El plazo de prescripción «[…] debe computarse desde el momento en que se conoce definitivamente el alcance del daño, pues es a partir de entonces cuando pueden conocerse de modo cierto las secuelas o estado en el que se encuentra el pequeño».

[68.] La STS, Sala de lo Civil, núm. 454/2016, de 4 de julio, (RJ 2016,2897), advierte que con el «daño duradero o permanente el plazo de prescripción comenzará a correr «desde que lo supo el agraviado», como dispone el artículo 1968.2.º CC, es decir desde que tuvo cabal conocimiento del mismo y pudo medir su trascendencia mediante un pronóstico razonable».

[69.] El carácter definitivo de los perjuicios determinará el *dies a quo* del plazo de prescripción cuando, tratándose de una actividad dañosa continuada, no resulte posible fraccionarlos e imputarlos a secuencias temporales concretas. En caso contrario, cada período de tiempo estará sometido a un plazo, que comenzará a computarse desde el momento en que termine cada uno de estos períodos. REGLERO CAMPOS (2014b, 1280).

De obligada cita es ahora la notoria STS, Sala de lo Civil, núm. 544/2015, de 20 de octubre, (RJ 2015,4226), en la que se declaró prescrita la acción interpuesta por los afectados por la talidomida, tras calificarse como permanente —y no continuado— el daño por ellos padecido. En esta resolución, el TS entendió que el daño reclamado era definitivo y se había consolidado con el nacimiento, por lo que la acción se encontraba prescrita al tiempo de su reclamación. Pues bien, al margen de la calificación jurídica más o menos acertada por la que opta el Tribunal, el mismo reconoce que: «Aunque la jurisprudencia retrasa el comienzo del plazo de prescripción en supuestos de daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida hasta la producción del definitivo resultado, también matiza que esto es así cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida». Distinta suerte correrán los eventuales perjuicios que tuvieran una aparición tardía, originándose un nuevo daño o agravándose el originario, pues ahora «sí cabe que el cómputo se difiera al momento en que sus consecuencias lesivas sean definitivas».

En el mismo sentido, la ya citada STS, Sala de lo Civil, núm. 454/2016, de 4 de julio, (RJ 2016,2897), reconoce que con los «daños continuados o de producción sucesiva no se inicia el cómputo del plazo de prescripción, hasta la producción del definitivo resultado […]», si bien matizando que esto es así «cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida».

[70.] El estudio pormenorizado del régimen jurídico aplicable al seguro de responsabilidad civil de vehículos dotados con IA desborda los fines del presente trabajo, por lo que, por ahora, tan solo incidiremos en aquellos aspectos más significativos y que podrían suponer, por la especialidad de la materia, un desplazamiento o alteración de las reglas imperantes a día de hoy en el seguro de responsabilidad civil «clásico».

[71.] Algunos ejemplos sobre los riesgos que entraña la utilización de sistemas de IA de alto riesgo y, en particular, la conducción de vehículos automatizados o semiautomatizados pueden verse *supra* en epígrafe 2 del presente.

[72.] Esta obligación se propugna, según la RIAR, respecto de los titulares de sistemas de IA que se encuentren incluidos en el catálogo del Anexo del Reglamento, a saber, los que puedan considerarse de alto riesgo. Esta afirmación induce a pensar que el aseguramiento del resto de dispositivos que cuenten con una IA más «débil» o con una menor potencialidad dañina, con carácter general, será potestativo. Y es que el apartado 24 de la norma dispone que «todos los operadores de sistemas de IA de alto riesgo enumerados en el anexo del Reglamento propuesto deben ser titulares de un seguro de responsabilidad civil», sin hacer referencia a los «otros sistemas de IA», que contempla la Ley de IA en su art. 8.

[73.] Recuérdese que algunas voces apoyaban la implantación de un seguro *no-fault ad hoc*, que cubriera el eventual siniestro causado por un vehículo con IA incorporada (*vid*. ARROYO APARICIO (2022, 139); y ELIZALDE SALAZAR (2022, 165 y ss.), e incluso se cuestionaba que el seguro obligatorio a adoptar en este sector fuera compatible con el seguro de responsabilidad civil

que prevé el art. 73 de nuestra LCS, entendiendo esta corriente que pudiera asemejarse más bien a uno de accidentes del art. 100 de análoga norma sustantiva. Así, TORROBA DÍAZ (2019, 23-24).

74. La LOSSEAR, tras aclarar en su Disposición adicional segunda que a «[…] quienes ejerzan determinadas actividades que presenten un riesgo directo y concreto para la salud o para la seguridad de las personas, incluida la seguridad financiera […]» podrá exigírseles suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra los daños que pudieran provocarse, añade que «La obligación de suscripción de seguros deberá establecerse mediante normas con rango de Ley que deberán contar con un informe preceptivo de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, o del órgano competente de las Comunidades Autónomas, con objeto de que puedan formular observaciones en materia de técnica aseguradora».

75. Dentro de la LCS, en un primer término, serán de aplicación las disposiciones relativas al seguro de responsabilidad civil (Secc. 8ª, del Título II, arts. 73 a 76); a continuación, las generales previstas para los seguros de daños (Secc. 1ª, del Título II, arts. 25 a 44); y, por último, las de los contratos de seguro en general (Título I, arts. 1 a 24).

Obra de referencia en tema de seguro de responsabilidad civil y cuya cita no puede omitirse es la de SÁNCHEZ CALERO (2001, 1201-1356).

76. A tal fin, el art. 11 LOSSEAR prescribe que serán seguros de grandes riesgos los de responsabilidad civil en general y pérdidas pecuniarias diversas siempre que el tomador supere dos de los tres siguientes criterios:

«Activo total del balance: 6.200.000 euros.

Importe neto del volumen de negocios: 12.800.000 euros.

Número medio de empleados durante el ejercicio: 250 empleados».

Por ello, parece evidente que la formalización de esta clase de seguros será residual y muy excepcional en la práctica, por cuanto, como afirmamos en otro trabajo, la Ley, «a nuestro entender, está pensando en los seguros suscritos por grandes empresas en los que, en realidad, al tiempo de contratar, la aseguradora se encontrará en una situación de desventaja con respecto a la mercantil tomadora-asegurada, al contrario de lo que suele ocurrir de ordinario. Ello justifica que no sea preceptivo el uso de la LCS [en virtud del art. 44.II LCS, que indica que al contrato de seguro que tenga por finalidad asegurar los llamados «grandes riesgos» no le será de aplicación el mandato del art. 2 de dicha Ley], que, como sabemos, es garantista de los derechos de la parte débil de la relación». LÓPEZ MAS (2022, 33).

77. Para ELIZALDE SALAZAR (2022, 148-150), con la introducción de los vehículos autónomos la figura del conductor desaparecerá y el sujeto responsable será el propietario por hecho propio —y no ajeno como ocurre hoy día—, de modo que, según la comentarista, carecería de sentido excluir de cobertura al operador, en tanto en cuanto el sujeto conductor no existirá, convirtiéndose en un mero ocupante. En efecto, siempre conforme a la opinión de la autora, la razón que llevó al legislador a no asegurar los daños que el mismo conductor sufriera a resultas del accidente por él causado se desvanecerá al ser, en puridad, el vehículo en sí mismo el que desencadenaría el reseñado accidente.

78. En cambio, no es esa la solución adoptada por la *Automated and Electric Vehicles Act*, que, en su art. 2.1, ha preferido hacer responsable al asegurador de los daños sufridos por su asegurado —salvo que permitiera conducir autónomamente al vehículo cuando ello no estuviera permitido— o por cualquier otra persona como resultado de un accidente causado por un vehículo automatizado que se conduce a sí mismo cubierto por dicho seguro, en una carretera u otro lugar público en Gran Bretaña.

79. La exclusión responde, como apunta VEIGA COPO (2020, 7581), a que el seguro obligatorio cubre los daños que pueda ocasionar el vehículo, no los propios por él sufridos.

Por lo demás, la *Automated and Electric Vehicles Act* incluye, en su art. 2.3, la cobertura de los daños personales, como la muerte o las lesiones temporales, y materiales, pero no la extiende ni a los daños sufridos por el propio vehículo, ni a los que se irroguen a la carga y/o bienes materiales que se encuentren bajo el control del asegurado.

[80.] Pues de ser así, el CCS tampoco se hará cargo del pago de la indemnización, habida cuenta de que el art. 2 RSOA considera que el uso del vehículo, en esas circunstancias, no constituiría hecho de la circulación al establecer que «[…] no tendrá la consideración de hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes. En todo caso sí será hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor en cualquiera de las formas descritas en el Código Penal como conducta constitutiva de delito contra la seguridad vial, incluido el supuesto previsto en el artículo 382 de dicho Código Penal».

[81.] Con todo, como recoge el art. 11.3 TRLRCSCVM, «El perjudicado tendrá acción directa contra el Consorcio de Compensación de Seguros en los casos señalados en este artículo, y éste podrá repetir en los supuestos definidos en el artículo 10 de esta Ley, así como contra el propietario y el responsable del accidente cuando se trate de vehículo no asegurado, o contra los autores, cómplices o encubridores del robo o robo de uso del vehículo causante del siniestro, así como contra el responsable del accidente que conoció de la sustracción de aquel», en el plazo de prescripción de un año contado a partir de la fecha en que hizo el pago al perjudicado (art. 10 TRLRCSCVM).

[82.] Los presupuestos de fuerza en las cosas y violencia o intimidación en las personas se desprenden de la lectura del art. 237 CP.

[83.] Advierte el art. 238 CP que «Son reos del delito de robo con fuerza en las cosas los que ejecuten el hecho cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: […] 4.º Uso de llaves falsas. 5.º Inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda».

[84.] Como ocurre, por ejemplo, cuando se infringe por el asegurado el deber de informar al asegurador del siniestro acaecido *ex* art. 16 LCS.

[85.] Como sucede, por ejemplo, cuando el daño se causa por estar el asegurado bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas tóxicas.

[86.] Esta acción y omisión respectivamente las sanciona de manera expresa la *Automated and Electric Vehicles Act* al declarar que la póliza de seguro podrá limitar o excluir la responsabilidad del asegurador con respecto a los daños sufridos por su asegurado. Ahora bien, ello carecería de sentido conforme a lo expuesto en este trabajo si partimos de la base de que los daños sufridos por el operador-ocupante quedarían excluidos de base.

Por su parte, el ámbito de la acción de repetición coincidirá con el de las excepciones inoponibles al tercero perjudicado por parte del asegurador, junto con la actuación dolosa del asegurado, pero que sí son válidas frente a este último.

[87.] Y es que el asegurador no podrá oponer excepciones que tomen como base la conducta de su asegurado, pues esta se encuentra al margen de la operatividad de la acción directa. Entre otras excepciones inoponibles pueden señalarse las siguientes: el incumplimiento del deber de declarar el riesgo (arts. 10 y 11 LCS), la suspensión de la cobertura por el impago de la prima (art. 15), el incumplimiento del deber de comunicar el siniestro al asegurador (art. 16) o del deber de salvamento (art. 17) o defensa jurídica (art. 74), la falta de comunicación de la existencia de varios seguros (art. 32) o la infracción del deber de comunicar la transmisión del objeto asegurado (art. 34).

[88.] Entre otras, el pago, la prescripción, la compensación o la remisión de la deuda.

[89.] Por todos, ver el análisis del régimen jurídico aplicable a las excepciones oponibles e inoponibles por el asegurador frente al tercero perjudicado que realiza SÁNCHEZ CALERO (2001, 1339 y ss.).

[90] El precepto, tras prescribir que el asegurador no podrá oponer al perjudicado ninguna otra exclusión, pactada o no, de la cobertura distinta de las recogidas en el art. 5 TRLRCSCVM, concreta algunos ejemplos del siguiente modo: «En particular, no podrá hacerlo respecto de aquellas cláusulas contractuales que excluyan de la cobertura la utilización o conducción del vehículo designado en la póliza por quienes carezcan de permiso de conducir, incumplan las obligaciones legales de orden técnico relativas al estado de seguridad del vehículo o, fuera de los supuestos de robo, utilicen ilegítimamente vehículos de motor ajenos o no estén autorizados expresa o tácitamente por su propietario.

Tampoco podrá oponer aquellas cláusulas contractuales que excluyan de la cobertura del seguro al ocupante sobre la base de que éste supiera o debiera haber sabido que el conductor del vehículo se encontraba bajo los efectos del alcohol o de otra sustancia tóxica en el momento del accidente.

El asegurador no podrá oponer frente al perjudicado la existencia de franquicias.

No podrá el asegurador oponer frente al perjudicado, ni frente al tomador, conductor o propietario, la no utilización de la declaración amistosa de accidente».

[91] El art. 76 LCS contempla la posibilidad de repetir frente al asegurado cuando el daño o perjuicio causado a tercero sea debido a su conducta dolosa. Pero, también, el art. 10 TRLRCS-CVM contempla otras causas, que de inmediato se analizarán y se pondrán en relación con la conducción de vehículos a motor dotados de sistemas de IA.

[92] Incluso, puede pensarse no solo en la conducta activa propiamente dicha consistente en la manipulación del sistema, sino, también, en la pasiva, traducida en una falta de actualización del dispositivo, que desencadenara un accidente con irrogación de daños a terceros.

[93] Con independencia de accionar directamente frente al CCS, el dañado o perjudicado dispondría en su esfera jurídica de una alternativa más, cual sería personarse en el oportuno procedimiento penal incoado y reclamar en él la responsabilidad civil, que aquí se calificaría como *ex delicto*, que hubiera tenido origen, o proceder a efectuar una reserva de acciones para su ejercicio posterior en el plenario civil, de acuerdo con el art. 112 Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que indica que «Ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar».

[94] A ELIZALDE SALAZAR (2022, 156), sin embargo, le parece «*evidente* que algunas de las acciones de repetición recogidas en el artículo 10 de la LRCSCVM desaparecen por el propio funcionamiento del vehículo. Es el caso del apartado a) y del apartado c), sobre la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas y la falta de permiso de conducción, respectivamente», (la cursiva es nuestra).

[95] *Ibid*., *loc. cit*.

[96] Cuestión distinta es que los conocimientos que haya de adquirir el potencial operador de un vehículo de estas características hayan de ser coincidentes con los que, a día de hoy, se requiere por la legislación administrativa y reglamentaria aplicable en este ámbito concreto.

Trabajo recibido el 17 de octubre de 2023 y aceptado para su publicación el 18 de diciembre de 2023

ESTUDIO LEGISLATIVO

Aspectos generales de las cooperativas de viviendas colaborativas en la Ley de Sociedades Cooperativas de Canarias

General aspects of collaborative housing cooperatives in the Law of Cooperative Societies of the Canary Islands

por

MARÍA DEL PINO DOMÍNGUEZ CABRERA

Profesora titular de universidad. Derecho Mercantil.
Departamento de Ciencias Jurídicas
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

RESUMEN: El Estatuto de Autonomía de Canarias mandata que corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias, conforme con la legislación mercantil, la competencia exclusiva en materia de cooperativas y de entidades de economía social, que se ha cumplido con la promulgación de la Ley de Economía Social de Canarias y la Ley de Sociedades Cooperativas de Canarias. Conceptos y principios de actuación vienen previamente configurados en el marco legislativo general (Ley de Economía Social de Canarias) con la correspondiente delimitación especial a través de la Ley de Sociedades Cooperativas de Canarias. Explorar de manera directa las cooperativas de viviendas colaborativas canarias, hacen que su análisis configure un marco de consecuencias en consonancia con la situación existente en otros marcos legislativos estatales.

ABSTRACT: The Statute of Autonomy of the Canary Islands mandates that the Autonomous Community of the Canary Islands, in accordance with commercial legislation, has exclusive jurisdiction over cooperatives and social

economy entities, which has been fulfilled with the promulgation of the Social Economy Law of Canary Islands and the Law of Cooperative Societies of the Canary Islands. Concepts and principles of action are previously configured in the general legislative framework (Social Economy Law of the Canary Islands) with the corresponding special delimitation through the Law of Cooperative Societies of the Canary Islands. Directly exploring the Canarian collaborative housing cooperatives means that their analysis configures a framework of consequences in line with the existing situation in other state legislative frameworks.

PALABRAS CLAVE: economía social, cooperativas, cooperativas de viviendas colaborativas, principios cooperativos, uso compartido.

KEYWORDS: social economy, cooperatives, collaborative housing cooperatives, cooperative principles, share use.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA LEY DE ECONOMÍA SOCIAL DE CANARIAS: PRINCIPIOS Y CONCEPTO.—III. ASPECTOS GENERALES EN LA LEY 4/2022, DE 31 DE OCTUBRE, DE SOCIEDADES COOPERATIVAS DE CANARIAS DE LAS COOPERATIVAS DE VIVIENDAS COLABORATIVAS.—CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El Estatuto de Autonomía de Canarias [1] mandata que la Comunidad Autónoma tiene la competencia exclusiva en materia de cooperativas y entidades de la economía social, además de explicitar que todo ello es conforme a la legislación mercantil.

Este reconocimiento ha permitido crear su nuevo marco legislativo y regulatorio, en consonancia con el proyecto de directrices encaminadas a crear un entorno propicio para el desarrollo de la economía social[2], de la que las cooperativas es el referente inmediato, pero no exclusivo, y que fortalece el papel de las empresas de economía social en el desarrollo social y económico, y la implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, con relación a las metodologías disponibles, como las directrices relativas a las estadísticas sobre ellas.

La promulgación y entrada en vigor de la Ley 3/2022, de 13 de junio, de Economía Social de Canarias[3] y la Ley 4/2022, de 31 de octubre, de Sociedades Cooperativas de Canarias[4] (en adelante LSCoopdeCanarias) sitúa a la Canarias dentro del marco legislativo de la economía social permitiendo su visibilización, como región que tiene sus propios textos legislativos en esta materia, regulando un modelo económico alternativo al tradicional pero que estadísticamente, se ha constatado absolutamente válido en épocas de crisis.

La reciente Resolución de la Asamblea General de la ONU, aprobada el 18 de abril de 2023, viene a impulsar la Economía Social en todo el mundo[5], en ella se traslada entre otras ideas que:

"*Esta pionera resolución ofrece las herramientas para encarar los grandes desafíos que la humanidad tiene ante sí: la reducción de las desigualdades y la protección del medio ambiente", entroncando totalmente con los Objetivos de Desarrollo Sostenible contemplados en la Agenda 2030 de la ONU.*

La resolución "Promover la economía social y solidaria para el desarrollo sostenible", adoptada por la ONU, reconoce la definición de Economía Social contenida en la resolución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 2022[6], en la que se describe como un modelo alternativo, basado en los principios de la cooperación voluntaria y la ayuda mutua, la gobernanza democrática o participativa, con capacidad de satisfacer las necesidades de las personas y colectivos con especiales dificultades de acceso al empleo, garantizando una vida digna.

En este marco de actuación, la LSCoopdeCanarias atiende a las nuevas inquietudes que este tipo social ha ido modulando en su desarrollo y progreso. Los principios cooperativos son referentes necesarios para hablar de economía social, y desde luego, justifican la presencia de las llamadas *cooperativas de viviendas colaborativas*, dentro de la clasificación específica de cooperativas integrales.

Por lo tanto, con una exposición que pretende poner en claro y perceptible la realidad de las cooperativas colaborativas en la LSCoopdeCanarias, permite adentrarnos en su causa, establecer sus fines y ello, sin perder de vista que el proceso de indagación de sus instituciones está firmemente entroncado con una evolución en la que la presión social y de las organizaciones públicas y privadas, juega un importante papel. Para ello, se hace mención conceptual y de principios orientadores de i.—la economía social de canarias que permite establecer las máximas de actuación de todos los tipos de entidades y empresas que expresamente configuran el *ecosistema de la economía social* en Canarias para luego adentrarnos en ii.-los aspectos generales de las cooperativas de viviendas colaborativas. Todo ello, sin abordar la regulación estatal, con la idea de fijar este estudio de manera focalizada, en la normativa autonómica canaria.

II. LA LEY DE ECONOMÍA SOCIAL DE CANARIAS: PRINCIPIOS Y CONCEPTO

Por su parte, la economía social ha estado presente en el debate a nivel autonómico canario con medidas de fomento de la economía social, a través del Servicio Canario de Empleo con la convocatoria de subvenciones dirigidas a fo-

mentar la creación y consolidación de empresas calificadas como I+D, empresas de economía social y empresas de inserción; y subvenciones para la realización de actividades de difusión, fomento y formación de la economía social. La situación de crisis sanitaria por el COVID19[7] ha venido a reforzar tanto a nivel europeo[8], estatal[9] y autonómico[10] la presencia de la economía social como marco de actuación específica para la recuperación económica.

La Ley Orgánica de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias consolida el orden político y el régimen económico de Canarias, el reconocimiento de la ultraperificidad es elemento que delimita nuestro autogobierno. El espacio geopolítico sirvió en su momento, para consolidar esa visión de una Canarias ligada a África, Sudamérica y Europa, con un intercambio de valores que nos ha enriquecido como sociedad "puente" de culturas.

Ciertamente, el régimen económico y fiscal, amparado por la Constitución española, y con la aprobación del Estatuto de Autonomía ha consolidado el proceso modernizador de la sociedad canaria, que en el siglo XXI *exige nuevos marcos de actuación con pleno respeto de la realidad constitucional y de nuestro acervo, y que ha de estar preparada para afrontar nuevos retos*.

Tal y como se ha señalado, es reciente la presencia de la Comunidad Autónoma en el ecosistema de regiones con su propia legislación de economía social. Aprobada la Ley de Economía Social de Canarias, resulta sumamente interesante observar, en esa necesaria la labor de aproximación y deducción de la norma que debe tenerse en cuenta lo siguiente:

i. La Ley estatal (Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social) se aprobó y como su propia exposición de motivos recoge, tiene como objetivo básico (no exclusivo) el configurar un marco jurídico que, sin pretender sustituir la normativa vigente de cada una de las entidades que conforma el sector, suponga el reconocimiento y mejor visibilidad de la economía social, otorgándole una mayor seguridad jurídica por medio de las actuaciones de definición de la economía social, estableciendo los principios deben contemplar las distintas entidades que la forman[11]. Partiendo de estos principios y del catálogo de entidades, se recoge el conjunto de las diversas entidades y empresas que contempla la economía social, quedando la puerta abierta para que se incluyan todas aquellas otras que por las peculiaridades de cada Comunidad Autónoma así lo permitan y no necesariamente sean coincidentes entre las distintas regiones del Estado. Juega un papel fundamental las competencias que puedan corresponder a las Comunidades Autónomas. Huelga insistir en la competencia que tiene la Comunidad Autónoma Canaria en esta materia[12].

ii. La Ley de Economía Social de Canarias muestra las inquietudes que a nivel conceptual preocupa a la normativa estatal, véase el Anteproyecto de Ley Integral de Impulso de la Economía Social;

Artículo 3 LESdeCanarias: *Se denomina economía social al conjunto de las actividades económicas y empresariales que, en el ámbito privado, llevan a cabo aquellas entidades que se rigen por los principios recogidos en el artículo 5 de la presente ley, las cuales persiguen el interés colectivo de las personas que las integran, el interés general económico o social, o ambos.*

Ese conjunto de actividades económicas y empresariales se desarrollan por empresas privadas, con autonomía de decisión y libertad de adhesión, creadas para satisfacer las necesidades de sus miembros a través del mercado mediante la producción de bienes y la prestación de servicios, seguros y finanzas, donde el proceso de decisión y de distribución de las ganancias o excedentes entre los miembros no están directamente vinculadas al capital aportado por cada miembro ni a ninguna cuota de socio, donde cada miembro tiene un voto. La economía social también incluye entidades privadas organizadas formalmente con autonomía de decisión y libertad de adhesión que producen servicios no destinados a su venta para los hogares y cuyos excedentes, si los hubiera, no pueden ser apropiados por los agentes económicos que los crean, controlan o financian.

La lectura de dicho precepto en la LESdeCanarias, *completa* el concepto contenido en la Ley estatal en vigor, *clarificándolo* expresamente, desde su aspecto tanto *jurídico* y como el *económico*, por lo tanto, dentro del ámbito de actuación competencial, que es la que legitima en esta materia, atendiendo a las Resoluciones más recientes en este aspecto y que reúne los principios y valores de la economía social y la metodología específica de los sistemas contables nacionales actuales (SCN 2008 y SEC 2010) en un solo concepto se delimita su contenido *para que los diferentes agentes de la economía social puedan discernirse de manera homogénea, armonizada y consensuada*[13].

La creación de textos normativos autonómicos en la materia de economía social lleva a tener presente el ámbito competencial otorgado a la Comunidad Autónoma de Canarias plasmado en el reconocimiento en el Estatuto de Autonomía de la obligación, entre otros, de la ordenación y fomento de la economía social dentro del marco jurídico del derecho mercantil y por lo tanto, permitiendo la correspondiente delimitación, no alteración, del concepto de economía social.

La lectura de la LESdeCanarias, permite constatar que su tramitación da respuesta a las inquietudes políticas y sociales del momento en ámbitos tales como el conceptual. Con ello, y con la búsqueda de profundizar en la labor de investigación, se realiza las siguientes afirmaciones:

a. teniendo en cuenta que la economía social se ha convertido en una materia preferente para el ordenamiento que, además, permite la participación privada en la realización de actividades de interés general, estando constitucionalmente protegida, además de estatutariamente, hace que esa protección requiera tenerla en cuenta respecto de las formas jurídicas con

las que se concreta esta participación. Ello sin olvidar que estas entidades tienen el deber de contribuir. Puede afirmarse que son semejantes a las denominadas entidades sin ánimo de lucro[14].

b. Es por ello, que hoy la definición de economía social en la norma estatal se centra en el sector productivo, pero su alcance es más amplio que el de la empresa social que tendría una vocación no lucrativa en el sentido de priorizar sus objetivos sociales a la consecución del beneficio, pero sin renunciar a este, pues se reinvertirá sobre todo en los fines sociales y es lo que se recoge en la LESdeCanarias, permitiendo entender incluidos las entidades del Tercer Sector[15] de acción social, que producen bienes sociales o preferentes de indudable utilidad social, a los centros especiales de empleo de iniciativa social, las empresas sociales de inserción y al resto de entidades de la economía social así como aquellas otras entidades independientemente de su forma de personificación jurídica, cuyas reglas de funcionamiento respondan a los principios regulados en el artículo 5 y que sean incluidas en el Catálogo canario de entidades de la economía social.

Es decir, la conceptualización de economía social para la LESdeCanarias, *expresa que el reconocimiento de aquellas entidades voluntarias no lucrativas que sean productoras de servicios no de mercado en favor de las familias, permitiendo incluir, de este modo, en la Economía Social a entidades del Tercer Sector de acción social[16], que producen bienes sociales o preferentes de indudable utilidad social.*

Por lo tanto, la conceptualización en la LESdeCanarias, entiende incluido al Tercer Sector y a los centros especiales de empleo tanto de iniciativa social como los que no tienen la calificación de centros especiales de iniciativa social[17].

iii. La promulgación de la Ley /2011 ha ido cumpliendo el compromiso necesario de posibilitar la visión de la economía desde el aspecto de *la primacía de las personas y del fin social sobre el capital.*

A nivel europeo se sigue impulsando la economía social como fórmula generadora de empleo, sin perder de vista las innovaciones.

A nivel regional, la Comunidad Autónoma de Canarias, debe convertirse con la Ley de Economía Social de Canarias, en motor de las políticas públicas que fomenten la economía social mostrando para ello atención a la insularidad ultraperiférica, a las particularidades económicas con un propio y peculiar tejido empresarial.

En el aspecto de financiación, incentivos y bonificaciones de la Ley de Economía Social de Canarias, se pretende garantizar la misma, con el fin de cumplir la obligación de su promoción establecido en el Estatuto de Autonomía de Canarias.

Para hacer efectiva la puesta en práctica de todas estas medidas en especial se deberá tener presente al actual Plan de Reactivación Social y Económico de Canarias, que comportar una revisión exhaustiva de todos los programas y políticas de gasto de la Administración Pública de Canarias.

En la Ley de Economía Social de Canarias aprobado por unanimidad por el Parlamento de Canarias, se establece un sistema de financiación que atiende al ámbito competencial de Canarias con la delimitación de las políticas de financiación, incentivos y bonificación propias, y en otros atendiendo a las políticas estatales, v.gr. se ha presentado por el Consejo de Apoyo al Emprendimiento, Trabajo Autónomo y Pequeñas y Medianas Empresas, un *Plan de actuaciones* por valor de 774.894.200 euros, durante cuatro años, un periodo clave para afrontar la recuperación y el crecimiento post-pandemia y que está relacionado con la economía social y las entidades que permiten su desarrollo. A nivel estatal se puede poner como referente inmediato el *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la Economía,* junto a la futura *Estrategia Española de Economía Social 2021-2027,* sin perder de vista *el Plan de Acción Europeo para la Economía Social.*

Luego, la Comunidad Autónoma de Canarias con una propia Ley, verá reforzada la oportunidad de una financiación clave, al situar a la economía social en el centro de los esfuerzos para restablecer el crecimiento sostenible y para el cuidado de la cohesión social en nuestra tierra. En algunos casos, será dentro del ámbito competencial del Gobierno de Canarias la delimitación de las políticas de financiación, incentivos y bonificación y en otros se atenderá a las políticas estatales. No obstante, hay que reconocer que la inclusión expresa de semejante posibilidad en la Ley tiene, al menos, la doble ventaja de ser un recordatorio e invitación sobre ese vehículo de coordinación y, a la vez, una llamada de atención sobre tres frentes muy importantes para la economía social: su promoción, la difusión de esta y la formación sobre sus características[18].

iv. La Ley de Economía Social de Canarias entiende que una estrategia canaria de economía social permite una visión local y cercana de nuestra situación, es por ello, que su aprobación establecerá objetivos de mejora mediante acciones que encajen en las actuaciones propias de la comunidad autónoma canaria, sin olvidar que *las empresas sociales se ocupan de los ODS que se consideran transversales, a saber, la creación de empleo y la igualdad de género. El hecho de que las empresas sociales actúen como "escuelas de la democracia" es crucial para el surgimiento de una ciudadanía consciente de las repercusiones que el consumo y las opciones políticas tendrán en el futuro del planeta y de la propia humanidad. Asimismo, la idea de inter-cooperación y colaboración que caracteriza el modo de funcionamiento de lasempresas sociales y que se ha identificado*

como una ventaja competitiva contribuye a fomentar aprendizaje sobre cómo colabora[19].

Por lo tanto, toda la Ley está impregnada de los Objetivos ODS/2030 (reconocido expresamente en su preámbulo) por compartirlos con los postulados de la economía social[20]. Se hace notar, como la visión de la economía social para una transición verde y justa preocupa por parte The European Parliament's Social Economy Intergroup y por Social Economy Europe[21] y eso debe considerarse integrado en la Ley de Economía Social de Canarias, norma de su tiempo que atiende a los planteamientos e inquietudes sociales, económicos y de desarrollo sostenible actuales y de nuestro entorno local más cercano.

v. La Ley estatal de economía social establece un marco de actuación mínimo y la Comunidad Autónoma Canarias toma el testigo de promocionarla mediante la promulgación de una Ley propia. Ello permite que la técnica legislativa la adapte a las especialidades de nuestra Comunidad Autónoma, entre ello, desarrollando el concepto estatal de economía social, también permitiendo que la enumeración de los principios orientadores quede establecida de la siguiente manera:

a. *numerus apertus* reconociendo "(…) *todos aquellos principios orientadores que refuercen complementen y amplíen los valores que inspiran a las entidades de economía social*"[22];
b. con el compromiso territorial, frente a la despoblación y el envejecimiento en el medio rural canario, inyectando estabilidad y futuro, además, de entender que es absolutamente imprescindible;
c. el reconocimiento expreso del fomento de la integración de la perspectiva de género en la gestión y organización de la empresa o entidad, mediante una participación paritaria de mujeres y hombres en los ámbitos de dirección y de toma de decisiones, incrementando l incorporación de las mujeres al ámbito laboral contrarrestando los efectos derivados de los estereotipos sociales sobre la división de las funciones de los hombres y las mujeres en la sociedad y buscando un reparto equitativo de las responsabilidades familiares, laborales y sociales.

No se debe perder de vista que la propia Alianza Cooperativa Internacional entiende que "*Son principios prácticos en sí mismos, creados tanto por la experiencia de generaciones como por el pensamiento filosófico. Son flexibles y aplicables, con diferente grado de detalle en diferentes tipos de cooperativas, en función de las diversas situaciones*"[23].

Señala expresamente el artículo 5 LESdeCanarias:

Las entidades de economía social, inspiradas por los valores de ayuda mutua, responsabilidad, democracia, igualdad, equidad, solidaridad, honestidad, transparencia, autonomía, autogestión, responsabilidad social y preocupación

por las demás personas, están informadas por los siguientes principios orientadores:

a) Primacía de las personas y del fin social sobre el capital, que se concreta en gestión autónoma y transparente, democrática y participativa, que lleva a priorizar la toma de decisiones más en función de las personas y sus aportaciones de trabajo y servicios prestados a la entidad o en función del fin social, que con relación a sus aportaciones al capital social.

b) La aplicación de los resultados obtenidos de la actividad económica, principalmente en función del trabajo aportado y del servicio o actividad realizados por las socias y socios o por las personas integrantes, en su caso, al fin social objeto de la entidad, al servicio de la consecución de objetivos como el desarrollo sostenible, el interés de los servicios a los miembros y el interés general.

c) La promoción de la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca el compromiso con el desarrollo local, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la cohesión social, la cooperación, la inserción de personas con discapacidad y de personas en riesgo o en situación de exclusión social, la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la sostenibilidad.

d) El compromiso con el territorio, frente a la despoblación y el envejecimiento en el medio rural canario, inyectando estabilidad y futuro.

e) La independencia con respecto a los poderes públicos.

f) El fortalecimiento de la democracia institucional y económica.

g) Fomento de la integración de la perspectiva de género en la gestión y organización de la empresa o entidad, mediante una participación paritaria de mujeres y hombres en los ámbitos de dirección y de toma de decisiones, incrementando la incorporación de las mujeres al ámbito laboral contrarrestando los efectos derivados de los estereotipos sociales sobre la división de las funciones de los hombres y las mujeres en la sociedad y buscando un reparto equitativo de las responsabilidades familiares, laborales y sociales.

h) Y todos aquellos principios orientadores que refuercen, complementen y amplíen los valores que inspiran a las entidades de economía social.

El texto de la Ley ha tenido en cuenta cambios propuestos por los distintos departamentos del Gobierno de Canarias, así como grupos de interés participantes en el proceso específico de participación ciudadana y por su puesto las aportaciones de todos los partidos políticos en su trámite previo a la votación, cumpliendo un objetivo básico y fundamental: una redacción coherente, unificada y sin desnaturalización ante observaciones propuestas y que reflejan el contexto absoluto de la norma.

Por todo lo anterior, y con las mejoras a la norma con todas las aportaciones, permite hablar de una Ley de Economía Social de Canarias que va a *Reforzar el*

reconocimiento de la Economía Social como agente esencial para una recuperación sostenible, igualitaria y justa de la crisis causada por la pandemia de la Covid-19[24].

III. ASPECTOS GENERALES DE LAS COOPERATIVAS DE VIVIENDAS COLABORATIVAS EN LA LEY 4/2022, DE 31 DE OCTUBRE, DE SOCIEDADES COOPERATIVAS DE CANARIAS.

Señala la LSCoopdeCanarias en su artículo 1 que El objeto de la presente su objeto es regular y fomentar las sociedades cooperativas con domicilio social en la Comunidad Autónoma de Canarias que desarrollen total o principalmente su actividad cooperativizada dentro de su ámbito territorial. Todo ello sin perjuicio de que, para completar y mejorar sus fines, puedan realizar actividades instrumentales y tener relaciones con terceras personas no socias fuera de dicho ámbito territorial.

De entrada, obsérvese que la delimitación territorial de su actividad establece su ámbito de desarrollo absoluto en Canarias, en tanto en cuanto se habla de ejercicio de actividades *extra* para completar y mejorar sus fines.

Por su parte, la norma clasifica las cooperativas de primer y segundo grado, entendiendo a estas últimas como a las constituidas para el cumplimiento y desarrollo de finalidades comunes de orden económico[25], además de incluir aquellas otras que pudiendo ser de primera o de segundo grado deben quedar delimitadas por el tipo de actividad desarrollada.[26].

Dentro de esta clasificación quedan incluidas las cooperativas de viviendas colaborativas de canarias. La lectura del precepto que las regula con relación a otros de pertinente aplicación permite extraer las siguientes valoraciones:

i. Como cooperativa canaria es una sociedad constituida por personas físicas y jurídicas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales encaminadas a satisfacer sus necesidades económicas y sociales, con capital variable y estructura y gestión democráticas, conforme a los siguientes principios formulados por la Alianza Cooperativa Internacional: a) Adhesión voluntaria y abierta de las personas. b) Gestión democrática por parte de las personas socias c) Participación económica de las personas socias. d) Autonomía e independencia en su funcionamiento. e) Fomento de la educación, formación e información. f) La cooperación entre sociedades cooperativas. g) Interés por la comunidad. Además, la a) Igualdad de género, con carácter transversal al resto de principios. b) Sostenibilidad empresarial y medioambiental. Terminando por incluir cualquier actividad económica y social lícita[27].

Conceptualizada la cooperativa canaria sin duda, es parte integrante sus principios, que como especiales de este tipo de empresa de economía social, debe abordarse desde la órbita complementaria de los principios orientadores regulados en la Ley de Economía Social de Canarias. Por lo tanto, una sociedad cooperativa de viviendas colaborativas de canarias exige actuar conforme a ellos y además conforme con los principios que comparten todas las entidades y empresas de la economía social de canarias[28].

ii. La norma canaria *añade y refuerza* la actuación de las cooperativas de viviendas colaborativas canarias, al establecer de *manera imperativa* y *cumulativa* los principios *a) Integración en el entorno y compromiso social b) Fomento de las relaciones humanas como fuente de bienestar, combinando la relación social con la independencia personal, incrementando la dimensión de la superficie de interrelación y servicios frente a la superficie privativa de alojamiento o vivienda. c) Tolerancia y apoyo mutuo. d) Solidaridad ante situaciones de vulnerabilidad y necesidad. En especial, situación de soledad en la vejez y pérdida de salud. e) Sin ánimo de lucro*.

iii. Las cooperativas de viviendas colaborativas canarias quedan dentro de la delimitación conceptual de cooperativas integrales. Se denominan cooperativas integrales aquellas *que, con independencia de la clase, tengan su actividad cooperativizada doble o plural, cumpliendo las finalidades sociales propias de diversas clases de sociedades cooperativas en una misma sociedad, de acuerdo con sus estatutos y cumpliendo lo regulado para cada una de sus actividades.*

iv. Como consecuencia de lo anterior, las cooperativas de viviendas colaborativas canarias se configuran en la *especie* dentro del *género* que vienen conformadas por las cooperativas integrales.

v. Ciertamente, las cooperativas de viviendas colaborativas canarias de *manera imperativa* deben tener, *como objeto la promoción viviendas en régimen de cesión de uso y el resto de actividades económicas, servicios o actividades empresariales están dirigidas a procurar la calidad de vida y la autonomía de las personas usuarias de cualquier edad, podrá incluir en su denominación social la mención de «cooperativa de vivienda colaborativa»*[29]

Por lo tanto, serán tales cooperativas siempre y cuando queden dentro del ámbito delimitador de la norma que incluye actuar no solo con base a los principios de la economía social, de las cooperativas y además de aquellos que califican a esa cooperativa de vivienda colaborativa.

vi. Por su parte, y con relación al derecho de uso se omite y precisa su regulación y naturaleza jurídica, por lo que no se permite concretar si es un derecho real (Código Civil) o un derecho de crédito.

Respecto a los derechos reales de uso y disfrute contemplados en el Código Civil el encaje en el modelo de viviendas colaborativas canarias permite situarlo

en la regulación contenida en el artículo 467 Código Civil, y ello, en atención a que el nudo propietario del complejo de viviendas queda asignado a la sociedad cooperativa, y los/as socios/as serían los/as usufructuarios/as. Estos tendrían un derecho de uso y disfrute sobre sus viviendas particulares y un derecho de usufructo compartido o cousufructo sobre las zonas comunes, siempre y en todo caso vinculados a su cualidad de socio. En consecuencia, la cooperativa es la propietaria de las viviendas que gestiona y cede su uso a los/as socios/as cooperativistas que, en calidad de usufructuarios, que tienen reconocidos sus derecho y obligaciones tal y como se regula en el Código Civil.

Se mantiene esta afirmación en atención a que otro tipo de cesión de uso no aparece recogida en nuestra regulación, todo ello en atención de existir obstáculos para aplicar el régimen jurídico del arrendamiento de viviendas al modelo cooperativo de viviendas colaborativas porque, *entre otros motivos, aquel está pensado para una realidad diversa, donde se parte de una posición antagónica entre el arrendador y el arrendatario, y se buscan soluciones jurídicas que aporten el necesario equilibrio de intereses*.

vii. La norma canaria reconoce que las promociones de las cooperativas de viviendas colaborativas, por su carácter marcadamente social y solidario, podrán ser consideradas equipamiento de servicio e interés social así como ser destinatarias de ayudas públicas para su implantación y fomento y desarrollo de sus objetivos, cuestión esta que tiene plena relación con los principios rectores de la garantía de la función social de la vivienda[30] que teniendo en cuenta el derecho a una vivienda digna y adecuada reconocido en el artículo 47 de la Constitución Española, *y considerando que la vivienda cumple una función social dado que constituye un bien destinado a satisfacer las necesidades básicas de alojamiento de las personas, familias y unidades de convivencia, corresponde a las administraciones públicas competentes velar por promover las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio efectivo de dicho derecho en condiciones asequibles y con especial atención a familias, hogares y unidades de convivencia con menores a cargo, a través del estatuto de derechos y deberes asociados a la vivienda, en los términos dispuestos en la presente ley.*

CONCLUSIONES

El análisis permite aproximarnos desde el análisis del marco conceptual y de principios orientadores de i.—la economía social de canarias, a las máximas de actuación de todos los tipos de entidades y empresas que expresamente configuran *el ecosistema de la economía social en Canarias* para luego adentrarnos

en ii.—los aspectos generales de las cooperativas de viviendas colaborativas canarias.

Ello permite realizar las siguientes consideraciones generales finales:

I. El proceso necesario de examen de los reseñados principios recogidos en la Ley de Economía Social permite escrutar las siguientes consecuencias básicas; i.—los principios recogidos son orientadores sin que se haya recogido la posibilidad de establecer la exigencia mínima de alguno de ellos para extraer desde el principio general, que la falta de cumplimiento de alguno de los enunciados no desnaturaliza la esencia de las entidades y empresas integrantes de la economía social; ii.—cabe hablar de principios orientadores cuya presencia en el desarrollo de la actividad por parte de las entidades y empresas de economía social, tienen carácter alternativo y sin que sea exigencia para actuar en el mercado como tal su carácter cumulativo; iii.—pero, es más, el desarrollo de los fines sociales por parte de las entidades y empresas de la economía social no se concreta en un orden jerarquizado, los principios se especifican en la norma sin numeración; iv.—por su parte, el listado de principios orientadores está recogido con una aparente voluntad de síntesis que vienen recogiéndose en los documentos europeos; v.—la Ley de Economía Social es perfectamente consciente de que desde la legislación autonómica sería posible precisar más los principios orientadores, en atención a lo que parece son los referentes señalados en la Ley de Economía Social y esto es lo que sucede en la Ley de Economía Social de Canarias; vi.—la lectura del artículo 2 de la Ley de Economía Social y su exposición de motivos permite mantener que no basta buscar o perseguir el interés colectivo de sus integrantes o el interés general (sea económico o social) o ambos tipos de interés, puesto que esa finalidad que se busca o persigue ha de realizarse de un determinado modo: «de conformidad con los principios recogidos en el artículo 4». Así, los llamados por el legislador «principios orientadores» deben ser entendidos como principios rectores de la acción económico-social de cualquier entidad que pretenda ser incluida dentro del marco específico de la Economía Social, en tanto en cuanto, es cumulativo e imperativo con el resto de los elementos que configuran la conceptualización de economía social; vii.—también es verdad, que el principio referido a la primacía de las personas y del fin social sobre el capital, por su esencia, debe informar al resto de principios y se constituye como distintivo básico sobre otro tipo de sectores y entidades, principalmente las de corte capitalista. Ese principio, ade-

más, determina con precisión la fórmula mediante la que se concreta: gestión autónoma y transparente, democrática y participativa.

II. La Ley de Economía Social de Canarias recientemente aprobada forma parte de lo que los organismos internacionales, nacionales y regionales llaman la creación del ecosistema de la economía social.

La Ley Orgánica de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias consolida: i.—el reconocimiento de la *ultraperificidad* como elemento que delimita el autogobierno; ii.—esa visión de una Canarias ligada a África, Sudamérica y Europa, con un intercambio de valores que nos ha enriquecido como sociedad "puente" de culturas: iii.—el proceso modernizador de la sociedad canaria, que en el siglo XXI exige nuevos marcos de actuación con pleno respeto de la realidad constitucional y de nuestro acervo, y que ha de estar preparada para afrontar nuevos retos; iv.—en el marco de la economía social, con su artículo 118 el ámbito competencial de la Comunidad Autónoma Canaria en materia de economía social, declarando expresamente, que ello conforme a la legislación mercantil.

Este marco normativo canario es fiel a su ámbito competencial y respetando las especificidades propias de cada tipo de empresa y/o entidad que forman la economía social no ha perdido de vista las máximas de generar oportunidades de trabajo para las personas con discapacidad y subrayando que en diferentes países de la UE "*las empresas de economía social emplean hasta tres veces más personas con discapacidad que las empresas tradicionales*".

III. La Ley estatal (Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social) se aprobó y como su propia exposición de motivos recoge, tiene como objetivo básico (no exclusivo) el configurar un marco jurídico que, sin pretender sustituir la normativa vigente de cada una de las entidades que conforma el sector, suponga el reconocimiento y mejor visibilidad de la economía social, otorgándole una mayor seguridad jurídica por medio de las actuaciones de definición de la economía social, estableciendo los principios que deben contemplar las distintas entidades que la forman. Partiendo de estos principios se recoge el conjunto de las diversas entidades y empresas que contempla la economía social, quedando la puerta abierta para que se incluyan todas aquellas otras que por las peculiaridades de cada Comunidad Autónoma así lo permitan y no necesariamente sean coincidentes entre las distintas regiones del Estado.

Que la Ley de Economía Social de Canarias, pueda *completar* el concepto de economía social clarificándolo expresamente, desde su as-

pecto jurídico y económico de la actividad y por lo tanto, debe ser entendido dentro del ámbito de actuación competencial, que es la que legitima en esta materia.

Es por ello, que la definición de economía social en nuestro ordenamiento jurídico (norma estatal) se centra en el sector productivo, pero su alcance es más amplio que el de la empresa social que tendría una vocación no lucrativa en el sentido de priorizar sus objetivos sociales a la consecución del beneficio, pero sin renunciar a este, pues se reinvertirá sobre todo en los fines sociales y es lo que se recoge en la Ley de Economía Social de Canarias, permitiendo entender implícitamente incluidos las entidades del Tercer Sector. Es decir, la conceptualización de economía social para la LESdeCanarias, expresa que el reconocimiento de aquellas entidades voluntarias no lucrativas que sean productoras de servicios no de mercado permitiendo incluir, de este modo, a entidades del Tercer Sector de acción social, centros especiales de empleo de acción social, empresas de inserción de acción social. Por lo tanto, la LESdeCanarias, aplica una política de técnica legislativa más conceptual, en tanto en cuanto, establece jurídica y económicamente qué entender por economía social, además de estar alineado con los principios que orientan y rigen el contenido de la economía social, la primacía de la persona por encima del beneficio económico.

IV. Pero, es más, la posibilidad de haber establecido un *numerus apertus* de empresas y entidades que pueden obtener la calificación de economía social de la Comunidad Autónoma de Canarias, es un signo de técnica legislativa que permite la inclusión de nuevas organizaciones v.gr. las entidades con base digital.

Luego, la Comunidad Autónoma de Canarias con una propia Ley, verá reforzada la oportunidad de una financiación clave, al situar a la economía social en el centro de los esfuerzos para restablecer el crecimiento sostenible y para el cuidado de la cohesión social en nuestra tierra. En algunos casos, será dentro del ámbito competencial del Gobierno de Canarias la delimitación de las políticas de financiación, incentivos y bonificación y en otros se atenderá a las políticas estatales.

V. La Ley de economía social estatal establece un marco de actuación mínimo y la comunidad autónoma canarias toma el testigo de promocionarla mediante la promulgación de una Ley propia. Ello permite que la técnica legislativa la adapte a las especialidades de nuestra Comunidad Autónoma, entre ello, concretando no solo el concepto estatal de economía social, también permitiendo que la enumeración de

los principios orientadores quede establecida como *numerus apertus* ya que entidades y empresas de economía social de canarias pudiesen incluir "(…) todos aquellos principios orientadores que refuercen, complementen y amplíen los valores que inspiran a las entidades de economía social".

VI. Dicho esto, la LSCoopdeCanarias establece la delimitación conceptual de i.—cooperativa como sociedad constituida por personas físicas y jurídicas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales encaminadas a satisfacer sus necesidades económicas y sociales, con capital variable y estructura y gestión democráticas, conforme a los siguientes principios formulados por la Alianza Cooperativa Internacional; ii.—parte integrante sus principios, complementados por los principios orientadores regulados en la Ley de Economía Social de Canarias. Por lo tanto, una sociedad cooperativa de viviendas colaborativas de canarias exige actuar conforme a ellos y además conforme con los principios que comparten todas las entidades y empresas de la economía social de canarias; iii.—la norma canaria añade y refuerza la actuación de las cooperativas de viviendas colaborativas canarias, al establecer de manera *imperativa y cumulativa* los principios a) Integración en el entorno y compromiso social b) Fomento de las relaciones humanas como fuente de bienestar, combinando la relación social con la independencia personal, incrementando la dimensión de la superficie de interrelación y servicios frente a la superficie privativa de alojamiento o vivienda. c) Tolerancia y apoyo mutuo. d) Solidaridad ante situaciones de vulnerabilidad y necesidad. En especial, situación de soledad en la vejez y pérdida de salud. e) Sin ánimo de lucro; iv.—las cooperativas de viviendas colaborativas canarias quedan dentro de la delimitación conceptual de cooperativas integrales. v.—como consecuencia de lo anterior, las cooperativas de viviendas colaborativas canarias se configuran en la *especie dentro del género* que vienen conformadas por las cooperativas integrales; vi.—las cooperativas de viviendas colaborativas canarias de *manera imperativa* deben tener, como objeto la promoción viviendas en régimen de *cesión de uso* y el resto de actividades económicas, servicios o actividades empresariales están dirigidas a procurar la calidad de vida y la autonomía de las personas usuarias de cualquier edad, podrá incluir en su denominación social la mención de «cooperativa de vivienda colaborativa»; vii.—con relación al derecho de uso se omite y precisa su regulación y naturaleza jurídica, pero en atención a la regulación contenida en el Código civil

y por exclusión de aquellas otras figuras jurídicas (v.gr. contenidas en la Ley de Arrendamientos Urbanos) que no permiten encajar su naturaleza jurídica en ellas, permite concretar que es un derecho real (Código Civil) de uso y disfrute contemplados en el Código Civil en la regulación contenida en el artículo 467 Código Civil, y ello, en atención a que el nudo propietario del complejo de viviendas queda asignado a la sociedad cooperativa, y los/as socios/as serían los/as usufructuarios/as; viii.—la norma canaria reconoce que las promociones de las cooperativas de viviendas colaborativas, por su carácter marcadamente social y solidario, podrán ser consideradas equipamiento de servicio e interés social así como ser destinatarias de ayudas públicas para su implantación y fomento y desarrollo de sus objetivos.

BIBLIOGRAFÍA

ALFONSO SÁNCHEZ, Rosalía (2015): "Los principios cooperativos como principios configuradores de la forma social cooperativa", *CIRIEC-España. Revista jurídica de economía social y cooperativa*, Nº. 27,(Ejemplar dedicado a: Principios y valores cooperativos en la legislación), págs. 49-86.

BAREA TEJIRO José y PULIDO ÁLVAREZ, Antonio (2001): "El sector de Instituciones sin fines de lucro en España", *Revista de Economía pública, Social y Cooperativa,* nº 37, págs. 13 y ss.

BOLDÓ RODA, Carmen (2015): "Principio de igualdad y cooperativismo en el ámbito de la responsabilidad social corporativa", *Revista valenciana d'estudis autonòmics*, Nº 60, 2, (Ejemplar dedicado a: Estudios en homenaje a Vicente L. Simó Santonja. Volumen II), págs. 90-117.

CARRASCO DURÁN, Manuel (2005): "La interpretación de la competencia del Estado sobre las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1. 13ª de la Constitución)", *Revista de Derecho Político* nº 62.

CHAVES ÁVILA, Rafael y MONZÓN, CAMPOS José Luis (2001):"Economía social y sector no lucrativo: actualidad científica y perspectivas", *Revista de Economía pública, Social y Cooperativa*, nº 37, págs. 7 y ss.

CEPES ESPAÑA (2018): "Contratación pública desde la perspectiva de la Economía Social", *Guía Polibea de la discapacidad*, nº. 222, págs. 6-8.

DOMÍNGUEZ CABRERA, María-del-Pino (2021): "Creando el ecosistema jurídico local de economía social en tiempos de pandemia", en Hernández Castro, GUSTAVO, Baisotti, PABLO, Li Bonilla, FEDERICO, *Economía Social Solidaria y la COVID19. Propuestas para una salida global,* UNED-COSTA RICA, págs. 89-113.

— (2016) "Los principios de la Economía Social en la Ley de Sociedades Laborales y Participadas", *CIRIEC - España. Revista jurídica de economía social y cooperativa,* Nº. 29, págs.185-204.

FAJARDO GARCÍA, Isabel Gemma (2017): "La contribución de la Economía Social a una sociedad innovadora, inclusiva y responsable, como objeto de investigación universitaria", en FAJARDO GARCÍA, G.I (coord.) *Empleo, innovación e inclusión en la economía social problemática jurídica y social*, págs. 7-16.

— (2010) "Escenarios jurídicos de la economía social y de los agentes que la integran en la Unión Europea y en los países miembros", *Noticias de la Economía Pública, Social y Cooperativa. CIDEC*. Nº 54.

— (2009) El objeto social de las cooperativas de vivienda en la legislación española. En *Pensamientos jurídicos y palabras dedicados a Rafael Ballarín Hernández*, pp. 383-398.

LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura y SÁNCHEZ MEDINA, José Antonio (2017): Soluciones habitacionales para el envejecimiento activo: viviendas colaborativas o cohousing. Respondiendo a los cambios demográficos desde la innovación social, Tirant lo Blanch.

TRUJILLO DÍEZ Iván Jesús (2000): "El valor jurídico de los principios cooperativos: a propósito de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año nº 76, nº 658.

PAZ CANALEJO, Narciso (2012): *Comentario sistemático a la ley 5/2011, de economía social,* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 35 a 54.

NOTAS

[1] Vid. Art. 118 de Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias. Dirección URL: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=-BOE-A-2018-15138#:~:text=Canarias%20es%20un%20archipi%C3%A9lago%20atl%-C3%A1ntico,el%20marco%20del%20Estado%20espa%C3%B1ol.

[2] Vid. Ministerio de Trabajo y Economía Social: "La Economía Social y Solidaria como agente clave para un futuro inclusivo y sostenible", Declaración de Toledo, 2020. Dirección URL: https://www.mites.gob.es/Luxembourgdeclaration/ficheros/2020-12-04_Declaracion-de-Toledo_final_ES.pdf

[3] Vid. Ley 3/2022, de 13 de junio, de Economía Social de Canarias. Dirección URL: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-16756.

[4] Vid. Ley 4/2022, de 31 de octubre, de Sociedades Cooperativas de Canarias. Dirección URL: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-19625.

[5] Es de reseñar que dicha medida ha sido propiciada por el Gobierno español, promovida desde hace tres años por la 'Task Force' de Economía Social y Solidaria de la ONU (UNTFSSE), de la que es miembro observador el CIRIEC, (Centro Internacional de Investigación e Información sobre la Economía Pública, Social y Cooperativa) y alentada por Social Economy Europe y CEPES (Confederación Empresarial Española de la Economía Social), entre otras muchas organizaciones de la economía social a nivel regional y global.

[6] Vid. Resolución ILC.110/Resolución II de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 10 de junio de 2022 sobre el trabajo decente y la economía social y solidaria, y la OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico) adoptó una Recomendación sobre la economía social y solidaria y la innovación social.

La reseñada Resolución, establece como definición de la economía social y solidaria: *La ESS engloba a empresas, organizaciones y otras entidades que realizan actividades económicas, sociales y medioambientales de interés colectivo o general, que se basan en los principios de la cooperación voluntaria y la ayuda mutua, la gobernanza democrática o participativa, la autonomía y la independencia, y la primacía de las personas y el fin social sobre el capital en la distribución y el uso de los excedentes o los beneficios, así como de los activos. Las entidades de la ESS aspiran a la viabilidad y la sostenibilidad a largo plazo y a la transición de la economía informal a la economía formal, y operan en todos los sectores de la economía. Ponen en práctica un conjunto de valores que son intrínsecos a su funcionamiento y acordes con el cuidado de las personas y el planeta, la igualdad y la equidad, la interdependencia, la autogobernanza, la transparencia y la rendición de cuentas, y el logro del trabajo decente y de medios de vida dignos. En función de las circunstancias nacionales, la ESS comprende cooperativas, asociaciones, mutuales, fundaciones, empresas sociales, grupos de autoayuda y otras entidades que operan según sus valores y principios*. Dirección URL: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_848664.pdf.

[7] Vid. Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

[8] La Comisión Europea ha presentado su propuesta histórica para un ambicioso Plan de recuperación *El momento de Europa: reparar y prepararse para la próxima generación" #NextGenerationEU. La propuesta apunta a movilizar 750.000 millones de euros para reconstruir el tejido económico y social de Europa, para prepararse mejor y liderar las transiciones ecológicas y digitales, al tiempo que construye una economía que funcione para las personas y*

no deje a nadie atrás. La economía social se menciona como un impulsor fundamental para construir la economía del mañana. Dirección URL: http://www.observatorioeconomiasocial.es/actualidadobservatorio.php?id=4534&PHPSESSID=8e9cf731bcfd14df52ccf0359a3399c2.

[9] Es intención del Gobierno de España defender Plan de Acción Europeo de la Economía Social, para el desarrollo económico a través de la innovación, el desarrollo sostenible, la visibilización y la difusión como modelo de futuro de los diferentes países, especialmente como modelo para los jóvenes. Otro de los ejes será el enraizamiento en el territorio en que se asientan las empresas de la economía social, que las hace menos propensas a la deslocalización.

Con ello se busca *dar visibilidad y potenciar el modelo de la Economía Social como un modelo de futuro, que polinice con sus valores al resto de modelos empresariales profundizando en la cultura de la responsabilidad social, medioambiental y de buen gobierno.* Dirección URL: http://www.observatorioeconomiasocial.es/actualidad-observatorio.php?id=4533&PHPSESSID=8e9cf731bcfd14df52ccf0359a3399c2.

[10] El Pacto para la Reactivación Social y Económica de Canarias, firmado en fecha 30 de mayo de 2020. Dirección URL: https://www3.gobiernodecanarias.org/noticias/wp-content/uploads/2020/05/Documento-base-del-Pacto-para-la-Reactivación-Social-y-Económica-de-Canarias-.pdf.

[11] España, uno de los primeros países del mundo en contar con una Ley de Economía Social, y con la idea de modernizar su legislación, se ha aprobado en el año 2023. el anteproyecto de Ley Integral de Impulso de la Economía Social (en adelante ApLIES) que reforma la ley estatal de cooperativas, la de empresas de inserción y la actual Ley de Economía Social.

Es curioso observar que con relación a lo que rodea al impulso de la economía social está referido normalmente a momentos socioeconómicos de crisis que han llevado a plantear la necesidad de cambiar de manera clara la forma de concebir la economía tradicional con la necesidad igualmente de abordar el encuentro de lo cercano con los grupos sociales en los que se forma parte. Como suele ser normal, lo jurídico va más lento y en este caso lo social ha reaccionado ante lo perentorio, recuperar valores de integración como medio de conseguir la paz social. No por reiterativo se pierde la esencia de las cosas, muy al contrario, permite reflexionar sobre conceptos y elementos que dan espacio a las figuras jurídicas. El ámbito específico de la economía social es el claro ejemplo de la necesaria confluencia de materias y por lo tanto su carácter multidisciplinario. Ahora bien, sin quitar valor a ninguna disciplina, también es verdad, que sin la cobertura jurídica la economía social quedaría un espacio con margen para la inseguridad.

Dicho ello, no está de más recordar que la delimitación de conceptos es lo que permite encuadrar y, por lo tanto, facilitar la explicación en otras disciplinas, así, ante un concepto de economía social en constante restructuración, sus principios, en última instancia acercan a su contenido;

a. la primacía de las personas y del fin social sobre el capital, que se concreta en gestión autónoma y transparente, democrática y participativa, que lleva a priorizar la toma de decisiones más en función de las personas y sus aportaciones de trabajo y servicios prestados a la entidad o en función del fin social, que en relación con sus aportaciones al capital social;

b. la aplicación de los resultados obtenidos de la actividad económica principalmente en función del trabajo aportado y servicio o actividad realizada por las/os socias/os o por sus miembros y, en su caso, al fin social objeto de la entidad;

c. la promoción de la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca el compromiso con el desarrollo local, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la cohesión so-

cial, la inserción de personas en riesgo de exclusión social, la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la sostenibilidad;

d. la independencia respecto a los poderes públicos.

Inquirir en los principios de la economía social autoriza al encuentro en profundidad de las consecuencias de su declaración;

i. no perseguir un beneficio sobre el capital comprometido sino una razonable distribución de recursos entre los socios o usuarios;

ii. responder, por lo general, al principio «un hombre un voto»;

iii. flexibilidad y adaptabilidad en correspondencia con una sociedad cambiante;

iv. tratarse, por lo común, de asociaciones de personas, basadas en la libre participación y en la responsabilidad.

Por otro lado, desde un punto de vista estrictamente estadístico, insistir que la economía social se ha convertido en fuente de creación de empleo estable, de calidad y no deslocalizable, pareciendo ser una importante plataforma de acceso al empleo para aquellos que, por sus especiales circunstancias, encuentran mayores dificultades de inserción laboral y/o que se encuentran en riesgo de exclusión social, constituyen, por tanto, un elemento clave de cohesión social muy necesario en la situaciones de crisis económica.

No hay duda de que el principio referido a la primacía de las personas y del fin social sobre el capital, informa al resto de principios y se constituye como distintivo básico sobre otro tipo de sectores y entidades, principalmente las de corte capitalista. El principio además define las fórmulas mediante las que se concreta: gestión autónoma y transparente, democrática y participativa.

Por su parte el funcionamiento interno de las entidades de la economía social, deben consistir en la aplicación de los resultados obtenidos por la actividad de sus socias y socios principalmente en función del trabajo y servicio prestado por los socios, así como en su caso, al fin social de la entidad. Ciertamente, ello comporta entender que la remuneración del trabajo está por encima de la remuneración de capital.

El proceso necesario de examen de los reseñados principios recogidos en la Ley de Economía Social permite escrutar las siguientes consecuencias básicas:

a. los principios son orientadores sin que se haya recogido la posibilidad de establecer la exigencia mínima de ejercicio efectivo de ellos para extraer desde el principio general, que la falta de cumplimiento de alguno de los enunciados no desnaturaliza la esencia de las entidades y empresas integrantes de la economía social;

b. cabe hablar de principios orientadores cuya presencia en el desarrollo de la actividad por parte de las entidades y empresas de economía social, tiene carácter alternativo y sin que sea exigencia para actuar en el mercado como tal, su carácter cumulativo;

c. pero, es más, el desarrollo de los fines sociales por parte de las entidades y empresas de la economía social no se concreta en un orden jerarquizado, los principios se especifican en la norma sin numeración;

d. por su parte, el listado de principios orientadores está recogido con una aparente voluntad de síntesis,

e. la Ley de Economía Social es perfectamente consciente de que desde la legislación autonómica sería posible precisar más los principios orientadores, en atención a lo que parece son los referentes señalados en la Ley de Economía Social y esto es lo que sucede en la Ley de Economía Social de Canarias.

f. la lectura del artículo 2 de la Ley de Economía Social y su exposición de motivos permite mantener que no basta buscar o perseguir el interés colectivo de sus integrantes o el interés

general (sea económico o social) o ambos tipos de interés, puesto que esa finalidad que se busca o persigue ha de desarrollarse de un determinado modo: «de conformidad con los principios recogidos en el artículo 4». Así, los llamados por el legislador «principios orientadores» deben ser entendidos como principios rectores de la acción económico-social de cualquier entidad que pretenda ser incluida dentro del marco específico de la economía social, en tanto en cuanto, es cumulativo e imperativo con el resto de los elementos que configuran la conceptualización de economía social.

g. también es verdad, que el principio referido a la primacía de las personas y del fin social sobre el capital, por su esencia, debe informar al resto de principios y se constituye como distintivo básico sobre otro tipo de sectores y entidades, principalmente las de corte capitalista. Ese principio además, determina con precisión la fórmula mediante la que se concreta: gestión autónoma y transparente, democrática y participativa.

h. finalmente adentrarse en el ApLIES aproxima la voluntad del legislador de actualización de dichos principios orientadores con el carácter de *numerus apertus* pero, a través no de la modificación del artículo 4 de la Ley de Economía Social, sino modificando el precepto que atiende al fomento y difusión de la economía social, sosteniendo que de manera implícita e indirecta quedan actualizados los principios orientadores.

i. las entidades de economía social con la forma jurídica detallada deben desarrollar su actividad cumpliendo los principios orientadores establecidos, entiéndase ello, para no perder dicho encuadre de actuación y con la finalidad de evitar el fraude de ley que comporta la constitución social mediante una forma jurídica reconocida legalmente y no actuar como tal en el mercado.

1. Forman parte de la economía social, siempre que se rijan por los principios establecidos en el artículo anterior, las cooperativas, las mutualidades, las fundaciones y las asociaciones que lleven a cabo actividad económica, las sociedades laborales, las empresas de inserción, los centros especiales de empleo de iniciativa social, las cofradías de pescadores, las sociedades agrarias de transformación, las empresas sociales y las entidades singulares creadas por normas específicas.

[12] Vid. DOMÍNGUEZ CABRERA, María-del-Pino (2021): "Creando el ecosistema jurídico local de economía social en tiempos de pandemia", en Hernández Castro, GUSTAVO, Baisotti, PABLO, Li Bonilla, FEDERICO, *Economía Social Solidaria y la COVID19. Propuestas para una salida global,* UNED-COSTA RICA, ISBN 978-9930-9643-3-0, págs. 89-113.

[13] Se hace como propia el siguiente concepto de economía social: "Un grupo de empresas privadas, formalmente organizadas, con autonomía de decisión y libertad de adhesión, creadas para satisfacer las necesidades de sus miembros a través del mercado mediante la producción de bienes y la prestación de servicios, seguros y finanzas, donde el proceso de decisión y de distribución de las ganancias o excedentes entre los miembros no están directamente vinculadas al capital aportado por cada miembro ni a ninguna cuota de socio, donde cada miembro tiene un voto. La economía social también incluye entidades privadas organizadas formalmente con autonomía de decisión y libertad de adhesión que producen servicios no destinados a su venta para los hogares y cuyos excedentes, si los hubiera, no pueden ser apropiados por los agentes económicos que los crean, controlan o financian". Vid. CIRIEC/EESC (2019). *Best practices in public policies regarding the European Social Economy post the economic crisis.* Study. Disponible en http://www.ciriec.uliege.be/wp-content/uploads/2018/09/best-pratices-EN.pdf.

[14] Estas características las acercan a las entidades sin ánimo de lucro. Este es el motivo por el que se han estudiado desde esta perspectiva, así, CHAVES, Rafael.-MONZÓN, José Luis: "Economía social y sector no lucrativo: actualidad científica y perspectivas", Revista de

Economía pública, Social y Cooperativa, nº 37, págs. 7 y ss.; BAREA, J.-PULIDO, A (2001) "El sector de Instituciones sin fines de lucro en España", *Revista de Economía pública, Social y Cooperativa*, nº 37, págs. 13 y ss.

[15] Con relación a la definición recogida en la Ley de Economía Social de Canarias, y tal y como señala PAZ CANALEJO, Narciso (2012):*"Comentario sistemático a la ley 5/2011, de economía social",* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 35 a 54, al comentar la definición contenida en la Ley estatal: es totalmente congruente con la delimitación conceptual de la Economía Social reflejada en la Carta de Principios de la Economía Social de la CEP-CMAF (Conferencia Europea de Cooperativas, Mutualidades, Asociaciones y Fundaciones) y, utilizando la terminología propia de la Contabilidad Nacional, configura dos grandes subsectores de la Economía Social:

a) el subsector de mercado o típicamente empresarial y

b) el subsector de productores no de mercado. Clasificación, esta última, que es muy útil para la elaboración de estadísticas fiables y la realización de análisis de la actividad económica, de conformidad con los sistemas de contabilidad nacional en vigor. Todo ello sin perjuicio de que, desde una perspectiva socioeconómica, es evidente la permeabilidad entre ambos subsectores y los estrechos vínculos existentes en la Economía Social entre el mercado y el no mercado, que se derivan de una característica común a todas sus organizaciones, a saber, que son entidades de personas que desarrollan una actividad con el objetivo prioritario de satisfacer necesidades de personas, antes que de retribuir a inversores capitalistas.

De acuerdo con la definición anteriormente establecida las características comunes a los dos subsectores de la Economía Social serían las siguientes:

1) Son privadas, es decir, no forman parte del sector público, ni están controladas por el mismo;

2) Organizadas formalmente, esto es, habitualmente están dotadas de personalidad jurídica propia;

3) Con autonomía de decisión, lo que quiere decir que tienen plena capacidad para elegir y cesar a sus órganos de gobierno, para controlar y organizar todas sus actividades;

4) Con libertad de adhesión, o sea, que no son de afiliación obligatoria;

5) La eventual distribución de beneficios o excedentes entre los socios usuarios, si se produce, no es en proporción al capital o a las cotizaciones aportadas por los mismos, sino de acuerdo con la actividad que estos realizan con la entidad;

6) Ejercen una actividad económica en sí misma considerada, para satisfacer necesidades de personas, hogares o familias; por eso se dice que las organizaciones de Economía Social son entidades de personas, no de capitales; trabajan con capital y otros recursos no monetarios, no para el capital.

7) Son organizaciones democráticas: a excepción de algunas entidades voluntarias productoras de servicios de no mercado a favor de las familias, en el proceso de toma de decisiones de las organizaciones de primer grado de la Economía Social se aplica el principio de «una persona, un voto», independientemente del capital o cotizaciones aportadas por los socios. Las entidades de otros grados están también organizadas de forma democrática. Los socios controlan mayoritaria o exclusivamente el poder de decisión de la organización.

Una característica muy importante de las organizaciones de la Economía Social, muy enraizada en su historia, es su carácter democrático, de manera que, en el proceso de toma de decisiones, se aplica el principio de «una persona, un voto».

De hecho en el Manual de Cuentas Satélite de aquellas empresas de la Economía Social que son productoras de mercado (ubicadas en los sectores institucionales S11 y S12 de la Con-

tabilidad Nacional) «el criterio democrático se considera imprescindible para que una empresa sea considerada de la Economía Social; ya que la utilidad social de estas empresas no se apoya habitualmente en la actividad económica desarrollada, que tiene un carácter instrumental al servicio de un fin no lucrativo, sino que proviene de su propia finalidad y de los valores democráticos y participativos que incorporan en su funcionamiento».

B) No obstante lo anterior, hay que advertir que, en la definición de trabajo de Economía Social que han establecido, también se acepta la inclusión NO EXPRESA en la misma de aquellas entidades voluntarias no lucrativas que sean productoras de servicios no de mercado en favor de las familias, aún cuando no posean una estructura democrática, permitiendo incluir, de este modo, en la Economía Social a entidades muy relevantes del Tercer Sector de acción social, que producen bienes sociales o preferentes de indudable utilidad social.

[16] Vid. Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social.

[17] Vid. Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Apartado 4 al artículo 43 del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre:

Tendrán la consideración de Centros Especiales de Empleo de iniciativa social aquellos que cumpliendo los requisitos que se establecen en los apartados 1.º y 2.º de este artículo son promovidos y participados en más de un 50 por ciento, directa o indirectamente, por una o varias entidades, ya sean públicas o privadas, que no tengan ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos, ya sean asociaciones, fundaciones, corporaciones de derecho público, cooperativas de iniciativa social u otras entidades de la economía social, así como también aquellos cuya titularidad corresponde a sociedades mercantiles en las que la mayoría de su capital social sea propiedad de alguna de las entidades señaladas anteriormente, ya sea de forma directa o bien indirecta a través del concepto de sociedad dominante regulado en el artículo 42 del Código de Comercio, y siempre que en todos los casos en sus Estatutos o en acuerdo social se obliguen a la reinversión íntegra de sus beneficios para creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad y la mejora continua de su competitividad y de su actividad de economía social, teniendo en todo caso la facultad de optar por reinvertirlos en el propio centro especial de empleo o en otros Centros Especiales de Empleo de iniciativa social.

[18] Vid., PAZ CANALEJO, Narciso: *Comentario sistemático a la ley 5/2011, de economía social, Ed.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 275-277.

[19] Vid. Comisión Europea (2020:) "Las empresas sociales y sus ecosistemas en Europa. Informe comparativo". Autores: Carlo Borzaga, Giulia Galera, Barbara Franchini, Stefania Chiomento, Rocío Nogales Muriel y Chiara Carini. EMES International Research Network, Lieja/Madrid. Dirección URL: https://bit.ly/3iUg1Wl.

[20] Cfr. CEPES: 4º Informe sobre las experiencias de las empresas españolas de Economía Social en la Cooperación al Desarrollo 2017-2019, La contribución de la economía social a los objetivos de desarrollo sostenible. Dirección URL: https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=https://www.cepes.es/files/publicaciones/117.pdf

[21] Vid webinar EUROPEO de fecha 10 de noviembre de 2020: "Social Economy´s visión for a Green &fair transition": «la construcción de una economía más justa, participativa y democrática, respetuosa con el planeta en el que vivimos y generadora de equidad y cohesión social». Dirección URL: https://www.socialeconomy.eu.org/2020/11/06/social-economys-vision-for-a-green-fair-transition/

[22] Vid. art. 5 Ley de Economía Social de Canarias.

[23] Vid. dirección URL: https://www.ica.coop/es.

[24] Vid. Ministerio de Trabajo y Economía Social: "Declaración de Toledo 2020 La Economía Social y Solidaria como agente clave para un futuro inclusivo y sostenible", dirección URL: http://www.mites.gob.es/Luxembourgdeclaration/ficheros/2020-12-04_Declaracion-de-Toledo_final_ES.pdf.

[25] Cfr. Art.10 LSCoopdeCanarias, que señala:

1. Las sociedades cooperativas podrán revestir la forma de cooperativa de primer y segundo grado, de acuerdo con las especificidades previstas en esta ley.

2. Las sociedades cooperativas de primer grado se constituirán acogiéndose a cualquiera de las clases siguientes:

a) Cooperativas de trabajo asociado.

b) Cooperativas de personas consumidoras y usuarias.

c) Cooperativas de viviendas.

d) Cooperativas agroalimentarias.

e) Cooperativas de explotación comunitaria de la tierra.

f) Cooperativas de servicios.

g) Cooperativas del mar.

h) Cooperativas de transportistas.

i) Cooperativas de seguros.

j) Cooperativas sanitarias.

k) Cooperativas de enseñanza.

l) Cooperativas de crédito.

m) Cooperativas junior.

Con independencia de su clase, las sociedades cooperativas pueden ser denominadas y calificadas de conformidad con alguna de las prescripciones establecidas en el capítulo X, siempre que cumplan con los requisitos señalados en el mismo.

3. Son cooperativas de segundo grado las constituidas para el cumplimiento y desarrollo de finalidades comunes de orden económico en los términos dispuestos en el artículo 132 de esta ley.

4. A las sociedades cooperativas les será de aplicación la normativa específica fijada para la clase de cooperativa de que se trate, de conformidad con el capítulo IX del título I de esta ley y con las normas de carácter general establecidas en este título. En todo caso, las sociedades cooperativas quedarán sujetas a la legislación específica aplicable en función de la actividad empresarial que desarrollen.

[26] Vid. Art. 135 LSCoopdeCanarias.

[27] Vid. Art. 2 LSCoopdeCanarias.

[28] Vid. Art. 5 LESdeCanarias.

[29] Como señalan autores *el término cohousing (propio del modelo británico y norteamericano) es el más utilizado para aludir a viviendas con espacios comunes y servicios compartidos. Acuñado por los arquitectos Charles Durrett y Kathryn McCamant en los años 80 (los autores estudiaron en profundidad el modelo de viviendas comunitarias danesas o bofoellesskab, que posteriormente implantaron y promovieron en EE.UU.), hace referencia a un tipo de viviendas en las cuales los residentes intervienen de forma activa en el diseño y la gestión de la vida cotidiana, participando en actividades colectivas.* LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura y SÁNCHEZ MEDINA, José Antonio (2017): *Soluciones habitacionales para el envejecimiento*

activo: viviendas colaborativas o cohousing. Respondiendo a los cambios demográficos desde la innovación social, Tirant lo Blanch.

[30] Vid. Art. 7 de Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda.

Trabajo recibido el 6 de octubre de 2023 y aceptado para su publicación el 18 de diciembre de 2023

DICTÁMENES Y NOTAS

Apuntes sobre doble inmatriculación

Notes on double registration

por
ANTONIO GARCÍA GARCÍA
Abogado
Nota al lector: todos los escenarios, direcciones y nombres de personas y de sociedades que se mencionan en este artículo son ficticios.

RESUMEN: En 2022, una sociedad adquirió unos multicines en Sabadell, mediante la compraventa de una única finca registral. El Registrador de la Propiedad denegó la inscripción, al entender que suponía una doble inmatriculación: el edificio descrito en la certificación catastral unida a la escritura invadía una finca colindante, propiedad de una sociedad extinguida hacía más de cuarenta años, y de cuya existencia no tenían constancia las partes.

En el presente trabajo explicamos cómo solucionamos esta intricada situación, que podría haber tenido consecuencias muy negativas para la financiación suscrita por el comprador. También analizamos las múltiples cuestiones jurídicas que se suscitaron a lo largo del proceso, algunas de las cuales conectan con temas tratados en trabajos anteriores, como la hipoteca en mano común.

ABSTRACT: In 2022, a company acquired a cinema in Sabadell, by purchasing a single registry plot. The Land Registrar denied registration as he deemed that it entailed a double registration: the building described in the cadastral certificate appended to the deed invaded a neighboring plot, owned by a company extinguished over forty years ago and whose existence was ignored by the parties.

In this paper we explain how we solved this complex situation, which could have had very negative consequences on the financing taken by the purchaser. We also analyze the different legal issues that arose throughout the process, some of which are connected to matters addressed in previous papers, such as joint mortgages.

PALABRAS CLAVE: Registro de la Propiedad, expediente de reanudación del tracto, doble inmatriculación, fe pública registral gráfica, referencia catastral, hipoteca en mano común, usucapión.

KEY WORDS: Land Registry, procedure to recover the chain of ownership, double registration, graphic registry public trust, cadastral reference, joint mortgage, usucaption.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—1. La compraventa. 2. La calificación del registrador. 3. La historia de los cines bonaplata y de la finca «b». 4. La urgencia por inscribir la titularidad de la adquirente.—II. LA FE PÚBLICA REGISTRAL GRÁFICA. 1. La concepción clásica de la finca registral. 2. El problema de la fe pública sin datos geográficos. 3. La ley 13/2015.—III. LA SOLUCIÓN PROPUESTA. 1. Reflexión previa. 2. Una compraventa *¿a non domino?* 3. Sobre la inscripción parcial de la finca «a».—IV. EL EXPEDIENTE DE REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO. 1. Justificación del procedimiento del artículo 208 de la ley hipotecaria. 2. El título de adquisición: breve referencia a la prescripción adquisitiva. A. *Argumentos a favor.* B. *Argumentos en contra.* 3. acta de inicio. A. *Competencia.* B. *Legitimación activa.* C. *Manifestación sobre litispendencia.* D. *Documentación aportada.* E. *Diligencias interesadas.* F. *Cancelación de la hipoteca de 1912.* G. *Actualización de los linderos.* H. *Sobre la referencia catastral única.* 4. Acta de cierre.—V. FISCALIDAD. 1. escritura de complemento. 2. Acta de notoriedad.—VI. VINCULACIÓN DE FACTO. 1. Coexistencia de ambas fincas. 2. La situación tras la ley 11/2023.— VII. SOBRE LAS HIPOTECAS. 1. La tasación de la finca «b». 2. El problema de la hipoteca *en mano común*.—VIII. CONCLUSIONES.—IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—X. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

1. La compraventa

En el año 2022 asesoramos a un inversor en la compra a una empresa española (en adelante, el «Vendedor») de unos multicines situados en la Rambla de Sabadell.

Durante la *due diligence* previa a la adquisición, detectamos una extraña discrepancia de 500 metros cuadrados entre la superficie de la parcela según el Catastro (5.000 m^2) y según el Registro (4.500 m^2). En nuestro informe llamamos la atención sobre este particular, si bien no se consideró un problema sustancial (un «*red flag*», por usar el argot propio de este tipo de informes), dado que la superficie catastral era mayor que la declarada en el Registro[1] y los linderos de la finca registral aparentemente coincidían con la realidad física.

Tras varios meses de negociación, se firmó un contrato privado, en virtud del cual el Vendedor vendía una única finca registral (que llamaremos «A») a una sociedad-vehículo del inversor (que llamaremos «PropCo»).

Una vez obtenida la financiación necesaria para el pago del precio, el contrato se elevó a público, y todos celebramos el buen fin de la operación. Pronto comprobamos que la celebración había sido prematura.

2. La calificación del registrador

Enviada la escritura al Registro, el Registrador titular emitió nota de calificación negativa. Según ésta, no quedaba acreditada la identidad entre la finca registral que se vendía y la que resultaba de la certificación catastral. Se denegaba la inscripción «*por albergar el Registrador dudas fundadas sobre la finca registral objeto del negocio jurídico contenido en la escritura, al resultar de la documentación aportada la falta de coincidencia entre la finca vendida y el contenido del Registro de la Propiedad*». En concreto, indicaba:

«*Según el título se vende una finca, cuando según registro son dos fincas distintas, una de ellas inscrita a nombre de persona distinta del vendedor* […] *Existiendo dos fincas registrales, no existe un mero error descriptivo, sino una falta de tracto sucesivo en cuanto al objeto transmitido y en cuanto a su titularidad, por lo que no puede practicarse la inscripción solicitada [porque] de inscribirse la finca en los términos solicitados, se estaría produciendo una doble inmatriculación del artículo 209 de la Ley Hipotecaria*».

El Registrador fundó su decisión en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria (en adelante, «LH»), tras la redacción dada por la Ley 13/2015, de 24 de junio (en adelante, la «Ley 13/2015»).

En efecto, la información catastral mostraba cómo la finca vendida *invadía* otra finca (que llamaremos «B»). Al solicitar nota simple de esta última, comprobamos que su titular registral era una sociedad ya extinguida, denominada «Producciones Bonaplata, Sociedad Anónima» (en adelante, «Producciones Bonaplata»), en virtud de una compraventa celebrada en 1920. También observamos que la superficie de la finca B según el Registro era de 550 m2 (la cual, sumada a la de la finca A, daba un resultado cercano a la superficie catastral, lo que explicaría la discrepancia detectada durante la *due diligence*).

Así fue como tuvimos noticia por primera vez de la finca B, de la que no se nos había facilitado información hasta entonces (pues el Vendedor tampoco conocía su existencia).

La nota de calificación determinó que el defecto tenía carácter insubsanable.

3. La historia de los cines Bonaplata y de la finca «B»

A raíz de la calificación negativa, solicitamos una entrevista con el Registrador. Mientras tanto, nos documentamos debidamente sobre esta nueva finca y su curiosa historia.

La adquisición por Producciones Bonaplata en 1920 era la última inscripción en la hoja registral de la finca B. La descripción de esta finca no se había actualizado desde que fue inmatriculada a mediados del siglo XIX: se refería

al edificio ubicado sobre la misma (en el número 5 *bis* de la calle de Sant Joan) como una «*casa*» independiente, con una «*dotación de media pluma de agua*»[2]. Según supimos más adelante, esta casa había albergado el domicilio particular del fundador de Producciones Bonaplata, el conocido empresario local Fructuós Bonaplata i Ripollés. No obstante, el espacio físico correspondiente a dicho número, ya desaparecido, formaba parte de los cines desde donde alcanzaba la memoria de todos los vecinos de Sabadell.

La finca estaba gravada por una hipoteca constituida en virtud de un testamento otorgado en 1912, en garantía del pago de una pensión de veinte pesetas diarias a un particular.

En los años siguientes a 1920, Producciones Bonaplata compró otras tres fincas adyacentes en la misma manzana. Sobre las cuatro propiedades construyó los que acabarían siendo conocidos como *Cines Bonaplata* y que llegaron a ser un referente entre la sociedad catalana de la época.

Muchos años después, en 1963, Producciones Bonaplata agrupó las otras 3 fincas, dando origen a la finca A en el Registro de la Propiedad. Por alguna razón que, como explicaremos, solo puede deberse a un error omisivo, la finca B quedó fuera de la agrupación. En aquellos días, la sociedad acababa de ser adquirida por José María de Andrada, quien buscaba expandir su naciente empresa, Cinema Paradiso, S.A. Quizá fuese a raíz de aquel cambio en la dirección que algún documento se llegó a traspapelar, si bien nunca sabremos con certeza el origen del error que hizo posible este artículo hace ahora exactamente sesenta años. Lo que sí sabemos es que la finca B permaneció en el olvido desde entonces.

Cinema Paradiso absorbió formalmente a Producciones Bonaplata en 1980, lo que supuso su disolución sin liquidación, y la sucesión de la absorbente en todos los derechos y obligaciones de la absorbida. Sin embargo, la fusión sólo se trasladó a la hoja registral de la finca A; no a la de la finca B. Este detalle nos reafirma en la convicción de que la finca B no se agrupó por error, y que la dirección de Cinema Paradiso (como posteriormente la del Vendedor) desconocía su existencia.

En 1988, Cinema Paradiso trató de evitar la quiebra mediante una reestructuración de grupo. La mayoría de sus inmuebles fueron transmitidos a una filial (Amarcord Inversiones, S.L.), mediante una escritura de aportación, que incluyó la finca A, pero omitió de nuevo la finca B, pese a que se aportaba la totalidad de los cines construidos sobre ambas fincas. En 1995, con el grupo ya en suspensión de pagos, Amarcord transmitió a nuestro Vendedor varios multicines (incluyendo el de la Rambla de Sabadell, que, una vez más, se identificó exclusivamente con la finca A).

Y así llegamos al comienzo de nuestra historia, cuando PropCo adquirió del Vendedor este histórico edificio en 2022.

4. La urgencia por inscribir la titularidad de la adquirente

La calificación negativa suponía un serio problema para nuestro cliente. El precio de compra abonado al Vendedor había sido financiado por una entidad bancaria. Los términos de la financiación establecían que el préstamo se debía sindicar en los cinco meses siguientes a la entrega del principal. No se había constituido hipoteca en el cierre de la compraventa (para evitar el coste adicional de AJD que de otro modo se devengaría con la posterior cesión parcial de la garantía a los nuevos acreedores). En su lugar, se había firmado una promesa de hipoteca mediante la que PropCo se obligaba a gravar la finca una vez formado el sindicato de bancos.

Si la sindicación no tenía lugar en el plazo pactado por motivos no imputables al banco prestamista, éste quedaba facultado para incrementar el tipo de interés en un determinado porcentaje. La calificación negativa hacía presagiar un largo periplo hasta que PropCo lograse ser titular registral de ambas fincas. Mientras tanto, la sindicación era virtualmente imposible: todos los bancos consultados por el bróker condicionaron su participación en el sindicato a que se inscribiera a nombre del deudor, al menos, la finca A, de forma que ésta pudiera hipotecarse a su favor.

Más adelante explicaremos cómo solucionamos a tiempo este problema, aparentemente irresoluble en el perentorio plazo de cinco meses. Pero antes, dedicaremos el apartado siguiente a analizar los fundamentos jurídicos de la calificación registral.

II. LA FE PÚBLICA REGISTRAL GRÁFICA

1. La concepción clásica de la finca registral

En su acepción más común, una finca es una porción de la superficie terrestre. Sin embargo, en nuestro sistema registral, las fincas no están previamente delimitadas a la espera de que se inscriban sobre ellas titularidades jurídicas: no constituyen un tablero de juego predefinido sobre el que los futuros jugadores pueden ocupar una o varias casillas predeterminadas. Sucede exactamente al revés: los interesados se van sumando voluntariamente al *juego* registral. A medida que lo hacen, deben identificar la finca concreta sobre la que recae su propiedad, y solo entonces dicha finca se incorpora al tablero, a través de la primera inscripción del dominio, que llamamos inmatriculación[3].

Tradicionalmente, la finca registral no se ha concebido como una porción de terreno delimitada por accidentes o discontinuidades físicas, ni por ningún otro criterio que no fuese el dominio de su titular (único o en proindiviso). Y es que,

siguiendo a DELGADO RAMOS (*op. cit.*), cuando el Registro de la Propiedad se creó en el siglo XIX, no se contaba con medios ni técnicas cartográficas lo suficientemente precisas, generalizadas y económicas como para determinar la ubicación exacta de las fincas registrales dentro de su demarcación, ni tampoco de las partes del territorio sin inmatricular. En su reciente trabajo, FANDOS PONS destaca cómo la doctrina inmediatamente posterior a la aprobación de la LH en 1946 entendía que los datos geográficos no estaban protegidos por la fe pública registral (por todos, ROCA SASTRE)[4]. Esta disparidad entre los datos del Registro y la realidad extrarregistral ha pervivido durante décadas, siendo asumida por el Tribunal Supremo en su Sentencia 912/1992, de 16 de octubre. En ella declaró que el Registro de la Propiedad, pese a tener por finalidad la constatación de los actos y hechos que figuran en él, no dispone de una base plenamente fehaciente[5]. Aún en fechas tan recientes como 2012, el Alto Tribunal consideraba que «*la fe pública registral se extiende únicamente a la titularidad de las fincas y no a sus datos físicos —entre ellos, la realidad de su extensión superficial— y la protección que al tercero hipotecario confiere el artículo 34 de la LH afecta únicamente, en determinadas condiciones, a la anulación o resolución del derecho de su transmitente pero no se extiende al amparo de datos de hecho, como tampoco le confiere por sí mejor derecho frente a una doble inmatriculación*» (STS 299/2012, de 18 de mayo de 2012, F.J. 7º).

Incluso con estas deficiencias, el Registro de la Propiedad ha demostrado ser una eficacísima herramienta para evitar pleitos acerca de la titularidad y cargas sobre la propiedad inmobiliaria, si se compara con los Ordenamientos anglosajones, que carecen de nuestro doble control de legalidad[6]. Si bien no ha podido evitar pleitos sobre deslindes, estos resultan en la práctica extraordinariamente infrecuentes. En palabras de FANDOS PONS (*op. cit.*), estas deficiencias de la fe pública no han impedido que el sistema haya funcionado correctamente durante más de un siglo y medio, porque el mercado no demandaba más. Para ARRIETA SEVILLA, la facilidad para la inmatriculación de fincas lograda con procedimientos sencillos y económicos (sin un análisis exhaustivo de los linderos) ha sido un factor decisivo para el desarrollo económico general y para la dinamización del tráfico inmobiliario en España. Los supuestos de colisión entre folios registrales como el que aquí se analiza son la excepción que confirma el papel imprescindible que ha jugado el Registro en la salvaguarda de la seguridad jurídica[7].

2. El problema de la fe pública sin datos geográficos

Sin perjuicio de lo anterior, si la inmatriculación se reduce a un procedimiento meramente formal (sin calificación registral de las descripciones gráficas),

existe riesgo de que se inscriban dos fincas total o parcialmente superpuestas en su proyección ideal en el mundo físico. Se trata de los casos de doble inmatriculación, que pueden tardar muchos años en descubrirse.

La RDGRN de 21 de diciembre de 2015 define la doble inmatriculación como aquella situación patológica que se produce en el Registro de la Propiedad cuando una misma finca —o una porción de ella— consta inmatriculada dos veces en folios diferentes y a nombre de titulares distintos. Y es que la fe pública registral que no incluye los datos geográficos plantea un doble problema ontológico y epistemológico, al situarnos ante sustancias de cuyos atributos no podemos tener certeza. DESCARTES concibe la sustancia como «*aquello que no necesita de otra cosa para existir*»[8]. Los *atributos* de la sustancia determinan su existencia formal y material: toda sustancia se define por dos atributos: el pensamiento y la extensión, entendida ésta como su cuerpo material. Todos los demás predicados pueden considerarse «*accidentes*», es decir, datos que no alteran ni condicionan su esencia. Si tomamos como ejemplo de sustancia la «*finca registral*», su extensión viene definida por los linderos, esto es, por sus límites en el mundo físico (los «*datos geográficos*»). Tradicionalmente, la doctrina hipotecarista ha soslayado la importancia de estos datos geográficos, calificándolos como «*datos de hecho*», por contraposición a los «*datos de derecho*», o sea, la titularidad y las cargas, que sí quedan amparadas por la fe pública registral. Sin embargo, en un plano ontológico, los «*datos de derecho*» no son más que *accidentes*: una finca no pierde su esencia porque cambie su titular (podría incluso ser *res nullius*), ni tampoco porque se creen sobre ella derechos reales limitados. Por el contrario, la esencia de una finca sí se ve alterada si cambian los linderos, o si dicha finca no existe ya en el mundo real.

El problema que plantean nuestros principios hipotecarios en su concepción clásica es que sólo proporcionan seguridad jurídica respecto de los accidentes (titularidad y cargas), pero no respecto de los atributos esenciales de las fincas (extensión física y linderos). En la pugna entre la seguridad estática del derecho real y la seguridad dinámica de su tráfico, el legislador prefirió esta última[9]. Es decir, la ley reputa exacto el contenido de los libros hipotecarios, aunque no concuerde con la realidad jurídica extrarregistral, lo que, en última instancia, entraña una aporía: se protege la titularidad de los derechos, pero sin dar fe de cuál es el *objeto* de tales derechos. La certeza sobre la titularidad y las cargas puede quedar en entredicho si la sustancia de la que se predican dichos accidentes no existe, o no es delimitable por entrar en conflicto con fincas de titulares distintos. Esto es precisamente lo que sucede en los supuestos de doble inmatriculación.

Como apunta ARRIETA SEVILLA (*op. cit.*), el modelo de folio real que sigue nuestro sistema tabular (un folio para cada finca; artículo 243 LH) requiere para su correcto desarrollo la determinación precisa de las fincas registrales.

Los fines de publicidad y seguridad jurídica a los que sirve el Registro de la Propiedad se ven dañados si por cualquier causa existe un segundo folio para el mismo inmueble (o para una porción del mismo inmueble). En estas situaciones, la eficacia del Registro en la reducción de los costes de información, la asignación de los derechos reales y como mecanismo de ordenación del crédito queda desvirtuada, ya que el Registro contiene dos vidas tabulares contradictorias. En resumen, la doble inmatriculación constituye la más grave patología que puede afectar al Registro de la Propiedad.

3. La ley 13/2015

La evolución hacia un sistema basado en la cartografía y en las referencias geodésicas comenzó con la obligatoriedad de unir la referencia catastral a los documentos públicos que formalicen actos o negocios sobre bienes inmuebles, a partir de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social[10]. Más de veinte años después, la Ley 13/2015 trajo un nuevo avance, al obligar a incluir las coordenadas georreferenciadas de los vértices de la finca en los supuestos del artículo 9 b) LH.

FANDOS PONS (*op. cit.*) considera que, tras esta última reforma, los datos gráficos ya no se mueven en el terreno de la identificación geográfica, sino en el de la descripción o delimitación jurídica. Sin embargo, el reconocimiento legal del principio de fe pública registral no deja de ser limitado y fragmentario, pues excluye de su ámbito a todas las fincas previamente inscritas que puedan incorporar la georreferenciación al asiento, y, además, el Tribunal Supremo aún no ha reconocido la extensión de la fe pública a los datos descriptivos. Por su parte, la Dirección General sí ha mantenido en los últimos años una línea cada vez más proclive a extender los principios hipotecarios a los datos descriptivos.

A pesar de esta relativa incertidumbre, y de que la reforma no reguló expresamente la vertiente geográfica de la fe pública registral, coincidimos con este autor en que la fe pública gráfica se reconoce de forma implícita, al regular la Ley 13/2015 dos expedientes de jurisdicción voluntaria:

(i) el de incorporación de la georreferenciación y rectificación de la descripción para lograr la coordinación gráfica con el Catastro en los artículos 199 y 201 LH; y

(ii) el de deslinde, en el artículo 200, cuyo resultado positivo queda protegido por la fe pública registral cuando media consentimiento expreso de todos los colindantes. La consecuencia es la inatacabilidad de la descripción literaria de la finca (que está basada en una georreferenciación).

Además, la Ley 13/2015 regula por primera vez la figura de la doble inmatriculación en una norma con rango de ley en el artículo 209 LH[11].

III. LA SOLUCIÓN PROPUESTA

1. Reflexión previa

En la realidad extrarregistral, la finca B era indistinguible de la finca A, pues no existía un límite claro entre ambas tras la demolición de la casa particular del número 5 *bis* de la calle Sant Joan y la construcción de los multicines. Además, el Catastro (cuyos datos sí estaban actualizados) mostraba una única parcela para todo el complejo. Sin embargo, en el Registro ambas fincas aparecían separadas, y con distinto titular.

No existe ninguna norma expresa que obligue a denegar la inscripción en casos como el de estudio. No obstante, compartimos el criterio del Registrador: si la finca A se hubiese inscrito a nombre de PropCo en los términos de la compraventa inicial, el problema que afectaba a ambas fincas no se habría remediado; bien al contrario, el decalaje en la cadena de titulares se habría ampliado. Por lo tanto, parecía lógico suspender la inscripción mientras no se aclarase quién era el legítimo titular de todo el edificio. Así lo había considerado poco antes la Dirección General, en su Resolución de 13 de julio de 2022:

«*Si bien es cierto que el registrador no puede rechazar la inmatriculación de una finca por el solo hecho de que ya figure inscrita otra finca con la misma referencia catastral, […]* sí podrá rechazarla cuando concurran otras circunstancias que provoquen la duda razonable de que se pueda producir una doble inmatriculación».

Podemos establecer una analogía con el que hasta 1990 fue el criterio de la Dirección General en sede de unipersonalidad sobrevenida de sociedades: el Registro Mercantil debía permanecer cerrado para todos los actos y acuerdos sociales que no pusieran fin a la unipersonalidad (v.g., un aumento de capital en el que nuevos socios suscribieran acciones o participaciones). Aun cuando ninguna norma prohibía expresamente la unipersonalidad, dicha situación se consideraba anómala, incompatible con la naturaleza de la sociedad. Véanse, por ejemplo, las Resoluciones de 13 y 14 de noviembre de 1985:

«*Si se observa que el acuerdo social llevado a cabo por el único socio no tiende a reconstruir la normal vida social, sino que por el contrario pretende más bien perpetuar la situación existente mediante un aumento de capital social, sin dar entrada a nuevos socios en el Ente, hay que concluir que dicho acto no debe tener acogida en el Registro Mercantil, porque si así se hiciera, se cons-*

tataría una situación registral que no es fiel reflejo de la esencia y noción de Sociedad»[12].

Sentada la pertinencia de la calificación negativa, es preciso matizar el siguiente punto de la nota del Registrador:

«[*D*] *e inscribirse la finca en los términos solicitados, se estaría produciendo una doble inmatriculación del artículo 209 de la Ley Hipotecaria*»

En realidad, nuestra escritura no *producía* la doble inmatriculación, sino que ésta se remontaba a muchos años atrás. Este matiz fue clave para encontrar la solución a nuestro problema: parafraseando a la Dirección General en materia de unipersonalidad, nuestra compraventa debía convertirse en un instrumento *tendente a reanudar el tracto sucesivo* sobre la finca B.

2. Una compraventa ¿*a non domino*?

Como asesores legales del comprador, mantuvimos una conversación con el Registrador, en la que propusimos como solución aclarar la compraventa mediante una escritura de complemento. En ella, las partes tomarían razón de la calificación negativa, y reconocerían que la descripción del inmueble no se correspondía con la certificación catastral aportada. Se haría constar que los multicines que se habían transmitido englobaban dos fincas (la A y la B), si bien esta última no se había incluido en la escritura inicial por desconocer las partes su existencia como unidad registral independiente. A fin de subsanar este error, las partes aclararían que la finca B es parte de la venta, y como tal debió incluirse en la escritura, ya que el espacio físico sobre el que se proyecta dicha finca forma parte del objeto de la compraventa (el edificio de los multicines).

Esta escritura de complemento contendría también una explicación pormenorizada de las razones por las que se interrumpió el tracto sucesivo de la finca B, así como un compromiso de ambas partes de promover lo antes posible (y en todo caso, dentro de un plazo de diez días), la reanudación del tracto sucesivo de la finca B a través del procedimiento notarial o judicial pertinente. Además, solicitarían la inscripción parcial, de forma que la finca A quedase inscrita a nombre de PropCo, dada la urgente necesidad de hipotecarla. Solo una vez reconstruido el tracto sucesivo mediante la correspondiente acta notarial o sentencia judicial, se procedería a inscribir también la finca B a nombre de PropCo.

Esta solución puede parecer una venta *a non domino* de la finca B. Sin embargo, bajo nuestro punto de vista, esto no es exacto. En la venta *a non domino*, el vendedor se obliga a adquirir la propiedad del inmueble vendido para transmitirlo al comprador (o a hacer que su dueño lo venda). En cambio, la escritura de complemento partía de la premisa de que el Vendedor era el legítimo propietario

de la finca B, con plena capacidad para transmitirla a PropCo pese a la inexactitud del Registro. La escritura de complemento simplemente adaptaba la compraventa a las circunstancias registrales, pero no modificaba su objeto.

3. Sobre la inscripción parcial de la finca «A»

El artículo 434 del Reglamento Hipotecario («RH») dispone:

«[…] *Cuando la suspensión o denegación afecte solamente […] a alguna de las fincas o derechos comprendidos en el título, en la nota deberá expresarse la causa o motivo de la suspensión o denegación, salvo que el presentante o el interesado hayan manifestado su conformidad en que se despache el documento sin esa estipulación o pacto […]*.»

Al complementar la escritura para incluir la finca B, lo que inicialmente era una doble inmatriculación había pasado a ser un problema de tracto sucesivo que afectaba únicamente a la finca B.

La RDGSJFP de 20 de marzo de 2020 señala, a propósito de la inscripción parcial:

«*Es reiterada la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en el sentido de que el registrador ha de atenerse a lo querido por las partes en el documento presentado […]. El Registrador tiene que denegar o suspender íntegramente el ingreso del documento si entiende que las cláusulas que no deben acceder al Registro inciden en el total contexto pactado por las partes […]. Debe recordarse, para los supuestos de inscripción parcial, que el principio de especialidad impone la exacta determinación de la naturaleza y extensión del derecho que ha de inscribirse, de manera que dicha inscripción parcial solicitada no puede desnaturalizar el negocio que ha sido celebrado por las partes*».

La inscripción de la finca A a nombre de PropCo mientras se reanudaba el tracto de la finca B no desnaturalizaba el contrato de compraventa. Además, la solución propuesta era plenamente garantista con los derechos de todas las partes implicadas:

(i) Los bancos que se habían mostrado dispuestos a entrar en el sindicato con hipoteca temporalmente sólo sobre la finca A habían quedado advertidos de la situación, pudiendo valorar a su riesgo y ventura los problemas que ello les podría acarrear si la hipoteca no estuviese inscrita sobre la finca B en el momento en que necesitasen ejecutar su garantía;

(ii) Cualquier potencial comprador a quien PropCo intentase vender la finca A podría conocer la existencia y el contenido de la escritura de comple-

mento, pues ésta se mencionaría en el Registro como parte del título de PropCo.

Por todas estas razones, el Registrador aceptó nuestra propuesta. Las partes otorgaron la escritura de complemento, la finca A se inscribió a nombre de PropCo y el primer escollo (el más urgente) quedó salvado. A los pocos días otorgamos la escritura de hipoteca a favor de los bancos, cumpliendo así nuestro cliente con las obligaciones asumidas en la financiación.

IV. EL EXPEDIENTE DE REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO

1. Justificación del procedimiento del artículo 208 de la ley hipotecaria

El artículo 40 LH dispone que «*la rectificación del Registro sólo podrá ser solicitada por el titular del dominio o derecho real que no esté inscrito, que lo esté erróneamente o que resulte lesionado por el asiento inexacto, y se practicará con arreglo a las siguientes normas: a) Cuando la inexactitud proviniere de no haber tenido acceso al Registro alguna relación jurídica inmobiliaria, la rectificación tendrá lugar: primero, por la toma de razón del título correspondiente, si hubiere lugar a ello; segundo, por la reanudación del tracto sucesivo, con arreglo a lo dispuesto en el Título VI de esta Ley, y tercero, por resolución judicial, ordenando la rectificación*»

Los folios registrales de las fincas A y B no eran *formalmente* contradictorios entre sí: uno describía unos multicines, y el otro, una casa particular. La incongruencia se daba entre el Registro y la realidad: la finca B no existía como entidad independiente, pues la única edificación que ocupaba la superficie de todo aquel espacio era el edificio de los multicines descrito en el folio de la finca A. La doble inmatriculación se debía a un error *arrastrado* a lo largo de sucesivas transmisiones dominicales, y no a un problema de inmatriculación de las fincas en origen. Se trataba pues de una doble inmatriculación *sui generis*, que podemos denominar *material* o *impropia*, por contraste con la *formal* o *estricta* (en la que una misma edificación o porción de la superficie terrestre aparece inscrita en dos folios distintos). El artículo 209 LH está diseñado para este segundo tipo de supuestos. Como hemos dicho, la situación irregular en que se encontraba la finca B había quedado reducida a un problema de tracto sucesivo, una vez otorgada la escritura de complemento. Aunque nada impedía recurrir al expediente del artículo 209 LH, consideramos más adecuada, por especialidad, la reanudación del tracto sucesivo.

Tras la Ley 13/2015, la competencia para tramitar el expediente de reanudación del tracto sucesivo interrumpido pasó del ámbito judicial al notarial (artículo 208 LH). Como señala la SAP de Gerona de 16 de enero de 2017, «*el*

sentido de la nueva regulación desjudicializadora no ha de buscarse en vetar el conocimiento de estas cuestiones a los órganos jurisdiccionales, sino la de propiciar que no lleguen a los juzgados esos asuntos cuando tienen existencia individualizada e independiente de controversias judiciales sobre el dominio».

La reciente Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 2 de Almería, de 17 de abril de 2023, declara que no cabe recurrir a este expediente[13]:

a) Cuando el promotor adquiere su derecho del titular registral o de todos sus herederos. En estos casos lo que procede es la inscripción del correspondiente título adquisitivo o constitutivo del derecho que se trate[14]; y
b) Cuando la cadena de transmisiones desde el titular registral hasta el promotor del expediente esté debidamente documentada, pero algunos de dichos títulos no se hayan presentado en el Registro, o hayan sido calificados con defectos. En estos casos lo que procede es la presentación del título, o la subsanación de los defectos señalados en la calificación.

No nos encontrábamos en ninguno de estos supuestos: los títulos previos se habían inscrito sin defectos, ya que en ninguna de las transmisiones anteriores de la finca A se había advertido el error de omitir la finca B en la agrupación. Tampoco era posible presentar títulos intermedios, *precisamente* porque estos no incluían la finca B. Ni tampoco se trataba ya de subsanar una calificación negativa, pues la compraventa de la finca A, ya debidamente complementada, había sido calificada favorablemente.

Por último, para que el expediente pueda ser admitido, debe existir una extraordinaria dificultad para acreditar el tracto registral (cfr. RDGSJFP de 15 de noviembre de 2021) (15). La Dirección General ha reiterado el carácter excepcional del expediente de reanudación del tracto sucesivo interrumpido, por una triple razón (cfr. Resoluciones de 3 de junio de 2020 y 7 de marzo de 2023):

«*a) Porque contra la regla básica de nuestro sistema que exige para la rectificación de un asiento el consentimiento de su titular o una resolución judicial dictada en juicio declarativo contra él entablado (cfr. artículos 1, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria), la resolución de dicho procedimiento puede provocar la cancelación de un asiento sin satisfacer ninguna de las dos exigencias;*

b) Porque contra la presunción, a todos los efectos legales, de existencia y pertenencia del derecho inscrito a favor del titular registral (cfr. artículo 38 de la Ley Hipotecaria), se va a posibilitar una declaración dominical contraria al pronunciamiento registral en un procedimiento en el que no ha de intervenir necesariamente el favorecido por dicho procedimiento, y de ahí que el propio artículo 40 a) de la Ley Hipotecaria contemple este cauce como subsidiario de la inscripción de los titulares intermedios; y

c) Porque contra la exigencia de acreditación fehaciente del título adquisitivo para su acceso al Registro (cfr. artículos 2 y 3 de la Ley Hipotecaria), se

posibilita la inscripción en virtud de un procedimiento que declara la exactitud del título adquisitivo invocado por el promotor, siendo así que dicho título puede estar consignado en un simple documento privado y que en tal procedimiento puede no quedar asegurado el legítimo reconocimiento de aquel documento privado por sus suscriptores (cfr. artículos 1218 y 1225 del Código Civil, 602 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 208 de la Ley Hipotecaria)»

En nuestro caso, existía esta extraordinaria dificultad: desde la absorción de Producciones Bonaplata por Cinema Paradiso en 1980 habían transcurrido 42 años y desde la última inscripción de dominio sobre la finca B (1920) habían transcurrido más de 100 años sin que se hubiese practicado ningún asiento. Hallándose disueltas y extinguidas tanto Producciones Bonaplata como Cinema Paradiso y Amarcord (y, por tanto, sin poder contar con su cooperación para reconstruir el tracto), el recurso a este expediente estaba más que justificado.

2. El título de adquisición: breve referencia a la prescripción adquisitiva.

El procedimiento del artículo 208 LH es un expediente de dominio, en el que se debe hacer constar el título del actual propietario, así como los títulos intermedios. En un primer momento, nos planteamos la posibilidad de que el Vendedor hubiese adquirido la finca B por usucapión, al haberla poseído a título de dueño durante varios años.

A. Argumentos a favor

La usucapión es un título intermedio válido a efectos de reanudar el tracto sucesivo interrumpido. Así lo admitió por primera vez la Dirección General en la Resolución de 21 de marzo de 2003, modificando su postura expresada en la Resolución de 13 de abril de 1999[16]. Este criterio acabó siendo acogido por la jurisprudencia (por todos, cfr. AAP La Coruña de 13 de 2006), y confirmado por el Centro Directivo en las Resoluciones de 28 de mayo de 2015 y 21 de diciembre de 2016.

Además, la STS de 21 de enero de 2014 consideró derogado el artículo 1949 del Código civil. Este disponía que, contra los títulos inscritos en el Registro de la Propiedad, sólo cabe la prescripción ordinaria del dominio o derechos reales en perjuicio de tercero si la posesión del usucapiente es en virtud de algún otro título inscrito (lo cual dificultaba enormemente la usucapión *contra tabulas*)[17]. Según el Tribunal Supremo, la usucapión *contra tabulas* se rige íntegramente por el artículo 36 LH[18], que admite la prescripción contra el titular registral sin distinguir entre prescripción ordinaria ni extraordinaria, ni exigir la inscripción

del título ni de la posesión del usucapiente. Este pronunciamiento habría tenido importancia en un caso como el nuestro, de haber optado por la vía de la usucapión, pues ya no supondría un problema que el título del Vendedor estuviese inscrito sólo respecto de la finca A[19].

Para que triunfe la prescripción adquisitiva frente al titular registral, el artículo 36 LH exige que aquél conozca la posesión del usucapiente en concepto de dueño. Esto se cumplía en nuestro caso, pues Cinema Paradiso transmitió los multicines en su totalidad a su filial, y ésta al Vendedor, de modo que, aun cuando no supieran de la existencia de una finca separada, sí eran conscientes de que el Vendedor ocupaba ese espacio físico a título de dueño.

Por último, no creemos que concurriese la causa de suspensión de la usucapión prevista en el artículo 531-26.1 a) CCCat («*La posesión para usucapir se suspende en los casos en que la usucapión se produce: a) Contra las personas que no pueden actuar por sí mismas o por medio de su representante, mientras se mantiene esta situación*»). El hecho de que Cinema Paradiso se extinguiese en el año 2000 no encaja en el espíritu de este artículo, pensado más bien para casos de menores de edad no emancipados, incapacitados, o personas ausentes o desaparecidas, mientras no tienen un representante legal o un defensor judicial (cfr. QUESADA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 74).

B. Argumentos en contra

Dicho todo lo anterior, la prescripción adquisitiva nos suscitaba algunas dudas. Tratándose de derechos reales sobre bienes inmuebles, es aplicable la *lex rei sitae* (artículo 10.1 del Código civil), de manera que los plazos debían ser los marcados por el Libro Quinto del Código civil de Cataluña, aprobado por la Ley 5/2006, de 10 de mayo («CCCat»). El artículo 531-27 CCCat prevé un plazo único de 20 años para la usucapión de inmuebles, sin distinguir entre prescripción ordinaria y extraordinaria, al contrario que en el Derecho común[20].

El Vendedor había ocupado la finca B a título de dueño desde 1995 (es decir, durante 27 años).

Sin embargo, la Disposición Transitoria Segunda del CCCat señala:

«*La usucapión iniciada antes de la entrada en vigor del presente libro* [en el 2006] *se rige por las normas del mismo, excepto los plazos, que son los que establecía el artículo 342 de la Compilación del derecho civil de Cataluña […]*»

Este artículo se refiere a la Ley 40/1960, de 21 de julio, sobre Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña, derogada y sustituida por el CCCat. El plazo previsto en el mencionado artículo 342 para la usucapión del dominio y demás derechos reales sobre inmuebles era de 30 años. De modo que, para

considerar que el Vendedor había adquirido el dominio de la finca B por usucapión, la prescripción debería haber comenzado no más tarde de 1992. En teoría, al Vendedor le aprovechaba la posesión previa de Amarcord Inversiones, S.L. (desde 1988), conforme al apartado cuarto del artículo 531-24 CCCat[21]. Pero no parece evidente que una sociedad puramente instrumental, participada al 100% por Cinema Paradiso, poseyera la finca en un concepto distinto al de su sociedad matriz. Recordemos que Cinema Paradiso sucedió a la titular registral en todos sus derechos, y por tanto su posesión no era la propia del usucapiente (que, por definición, no puede coincidir con el propietario). Cierto maestro de juristas, cuya identidad exacta no recordamos, recomendaba abstenerse de escribir sobre la posesión en Derecho civil antes de haber cumplido los cuarenta años. Y, como quien suscribe no cumple aún este requisito biológico, lo más prudente es evitar pronunciarnos sobre esta cuestión, que nos llevaría al gran tema de la personalidad de las sociedades de capital, y a la posesión ejercida por personas jurídicas, concepto aún más abstruso que la posesión de las personas naturales.

Sea como fuere, no recurrimos a la vía de la usucapión (ni siquiera como argumento subsidiario): como hemos dicho, PropCo es dueño de la finca B por título de compraventa. Los propietarios anteriores son los mismos que los de la finca A, y lo son en virtud de los mismos títulos. Esto es así porque, en las sucesivas enajenaciones de la finca A, la voluntad real de las partes fue transmitir también la finca B, por situarse sobre ambas el inmueble enajenado, y ello con independencia de que no se reflejase en el Registro. El Vendedor era dueño de la finca B por título de compraventa celebrada en 1995, lo que excluye cualquier otro título de propiedad.

3. Acta de inicio

El expediente de reanudación del tracto sucesivo interrumpido se regula en el artículo 208 LH y, en todo lo no previsto por éste, se rige por las reglas generales del artículo 203 LH (aplicable por remisión del artículo 208 LH, regla 2ª).

El expediente comienza mediante un acta en la que el interesado solicita el inicio de las actuaciones notariales, y a la que deja unidos los documentos de los que hablaremos a continuación. El *escrito inicial* dirigido al notario del que habla el artículo 208 LH puede sustituirse por un requerimiento efectuado sobre la propia acta de inicio.

El acta se remite por vía telemática al Registro de la Propiedad, para que expida la certificación prevista en la regla tercera del artículo 203 LH, con las particularidades prevenidas en el artículo 208[22]. Si en el momento de la solicitud de certificación le constase al Registrador algún obstáculo que pudiese impedir

la inscripción ulterior del expediente, debe advertirlo para que el notario pueda finalizar la tramitación ante los obstáculos advertidos, o bien aportar pruebas o justificación suficiente para desvirtuar las dudas del Registrador (cfr. RDGRN de 7 de marzo de 2023, con cita de doctrina reiterada de la Dirección General). En nuestro caso, el Registrador expidió la certificación sin advertir ningún potencial problema.

A. Competencia

Es competente el Notario hábil para actuar en el distrito notarial donde radique la finca, o en cualquiera de los distritos notariales colindantes. Por este motivo, tramitamos el expediente ante un notario con despacho profesional en la ciudad de Sabadell.

B. Legitimación activa

PropCo ostentaba la legitimación activa en tanto que titular dominical de la finca B (artículo 203 LH), pues esta le había sido transmitida en virtud de la escritura de compraventa, debidamente complementada.

C. Manifestación sobre litispendencia

El promotor del expediente debe manifestar en el acta de inicio que no ha iniciado con anterioridad otro procedimiento con idéntica finalidad. Si se tramitan simultáneamente dos o más expedientes con el mismo objeto, deberá proseguir el que primero hubiese comenzado, y se acordará el archivo de los expedientes incoados con posterioridad. Los expedientes relativos a distintas fincas situadas en la demarcación de un mismo Registro de la Propiedad deberán acumularse, aunque alguna de las fincas esté situada parcialmente en un distrito hipotecario colindante, siempre que la mayor parte de su superficie radique en dicho Registro (artículo 203 LH).

Según el artículo 19 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, una vez resuelto un expediente de jurisdicción voluntaria y firme la resolución, no puede iniciarse otro sobre idéntico objeto, salvo que cambien las circunstancias que dieron lugar a aquél. Lo allí decidido vinculará a cualquier otra actuación o expediente posterior que resulten conexos con aquél. Por tanto, una vez hecha constar la tramitación del expediente en el Registro de la Propiedad, no podrá iniciarse otro procedimiento que afecte total o parcialmente a la

finca objeto de éste durante la vigencia del asiento de presentación (o de la anotación preventiva que el mismo provoque).

Por esta razón solicitamos la anotación del expediente sobre la finca B.

D. Documentación aportada

El artículo 208 LH (punto 2 de la regla 2ª) dispone: «*deberán aportarse por el interesado, junto con los documentos que acrediten su adquisición, aquellos otros de los que disponga que justifiquen la adquisición de los titulares intermedios de los que traiga causa y cualesquiera otros que considere oportuno para justificar su petición*»[23].

Aportamos al expediente las copias auténticas de la escritura de compraventa y de la de complemento, como acreditativas del título de PropCo. No disponíamos de copias autorizadas de la escritura de fusión entre Producciones Bonaplata y Cinema Paradiso (1980), de la de aportación a Amarcord (1988), ni de la transmisión de ésta al Vendedor (1995). A falta de tales copias, adjuntamos una certificación literal de la finca A, expedida por el Registro de la Propiedad. En ella constaban todas las transmisiones desde la agrupación de 1963, incluida la absorción de Producciones Bonaplata por Cinema Paradiso. Como decimos, el hecho de que la fusión no se trasladase a la hoja de la finca B demuestra que ésta quedó fuera de la agrupación por error omisivo.

Del relato de hechos y la documentación aportada se desprendía que los titulares intermedios de la finca B eran los mismos que constaban en la certificación literal de la finca A, ya que se debían entender transmitidas conjuntamente. La falta de copias autorizadas de los títulos intermedios no suponía un problema: v.g., la RDGRN de 13 de junio de 2019 consideró que: «*el título que sirve de base a la declaración dominical puede ser un simple documento privado cuya suscripción por determinadas personas no queda suficientemente acreditada*». Y es que la función del expediente es, precisamente, generar un título formal que permita obtener la inscripción cuando no es posible presentar los sucesivos títulos que han quedado al margen del Registro[24].

Según el artículo 203 LH, es preceptivo aportar la documentación catastral. En nuestro caso, esta resultaba muy útil al propósito del expediente pues de la misma de desprendía que:

(i) la superficie total de la parcela es de 5.000 m^2, cifra próxima a la suma de superficies registrales (4.500 m2 y 550 m^2);

(ii) la edificación se extiende sobre ambas fincas; y

(iii) la parcela se corresponde con los números 10 y 12 de la Rambla de Sabadell, y con los números 5-7 y 9 de la calle Sant Joan, debiendo

entenderse englobado el desaparecido portal 5 bis, toda vez que la finca adyacente en el plano aparece numerada como 1-3.

Por lo demás, el artículo 208 LH incluye una cláusula abierta en cuanto a los documentos que el promotor puede aportar al expediente («*cualesquiera otros que considere oportuno para justificar su petición*»). Aportamos extractos de dos ediciones muy antiguas del diario «*El Correo Catalán*» (ya desaparecido), que habíamos encontrado con bastante fortuna en nuestras indagaciones sobre la historia de los multicines. Ambas noticias mostraban que el antiguo número 5 *bis* de la calle de Sant Joan formaba parte desde hacía casi un siglo de la misma unidad funcional que el resto de los multicines. En la primera (de 1920) se informaba de la apertura al público de los cines Bonaplata en la plaza San Joaquín 8 y 8 *bis*, que ocupaba además «*el 5 duplicado de la calle Sant Joan*», lo que apoyaba nuestra tesis. La segunda (de 1930) resultaba todavía más útil, pues se hacía eco de «*la ampliación de los cines Bonaplata obtenida mediante el derribo de la casa comprendida entre ésta y la que ya era propiedad de dicha Sociedad, señalada con el número 5 accesorio de la calle de Sant Joan*».

Por último, adjuntamos un «*Informe sobre el proyecto de restauración de fachadas y adecuación de interiores de los antiguos cines Bonaplata, situados en la Rambla de Sabadell núms. 10-12, calle de Sant Joan núm. 5 bis y 7*», de 7 de junio de 1996, firmado y visado por los arquitectos del Ayuntamiento de Sabadell. El proyecto en cuestión había sido redactado por los arquitectos contratados por el Vendedor para proyectar la reforma de los multicines tras su adquisición a Cinema Paradiso. De dicho documento resultaba con claridad que, pese a que nunca se hizo constar la agrupación, el complejo que daba a la Rambla, números 10-12 y a la calle de Sant Joan 5 bis y 7 se trató en todo momento como un edificio de la misma propiedad y sometido al mismo régimen arquitectónico. El informe menciona en varias ocasiones el edificio del antiguo número 5 *bis* de la calle Sant Joan, y propone actuaciones tales como «*eliminar los cuerpos construidos sobre la azotea debido a su obsolescencia y difícil rehabilitación*», lo que demuestra que el Vendedor tenía la posesión incontestada de dicho espacio.

E. Diligencias interesadas

No era posible contar con Producciones Bonaplata para reanudar el tracto porque, como ya hemos dicho, se extinguió con su absorción por Cinema Paradiso en 1980. En la información del Registro Mercantil figuraba que dicha sociedad fue objeto de traslado sin datos y que ni siquiera se adaptó a la Ley de Sociedades Anónimas aprobada por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (lo que acredita el tiempo transcurrido sin que dicha sociedad

actuase en el tráfico). Tampoco era posible contar con Cinema Paradiso, disuelta desde mediados de los años noventa y extinguida formalmente en el año 2000, con todas sus inscripciones canceladas y su hoja registral cerrada, al igual que su filial (Amarcord Inversiones, S.L.). Todo ello según resultaba de sendas certificaciones expedidas por el Registro Mercantil de Barcelona, que incorporamos al acta de inicio.

Dadas las circunstancias, y tratándose de inscripciones contradictorias con más de treinta años de antigüedad, era posible la notificación por medio de edictos genéricos en el Boletín Oficial del Estado (cfr. apartado 2º, punto 4 del artículo 208 LH, así como las Resoluciones de 14 y 28 de abril de 2016 y de 23 de mayo de 2016)[25]. Por ello solicitamos la publicación del inicio del expediente en el BOE, así como en el Tablón de Anuncios del Ayuntamiento de Sabadell, para que cualquier interesado pudiese comparecer en el expediente y alegar lo que a su derecho conviniera en el plazo de un mes (artículo 203 LH, regla sexta).

Con el fin de extremar las cautelas en cuanto a posibles derechos de terceros, el Registrador nos solicitó que notificásemos el expediente a las sociedades sucesoras de la titular registral (esto es, a Cinema Paradiso y Amarcord Inversiones), así como a la persona que figuraba como liquidador de ambas en sus respectivas hojas registrales. Estas notificaciones se realizaron a través de un notario de Barcelona (donde dichas entidades habían tenido sus últimas sedes sociales), y de un notario del municipio donde se encontraba el último domicilio conocido del liquidador.

No se notificó a los colindantes, pues ello no es preceptivo en el expediente del artículo 208 LH, según estableció la RDGRN de 1 de febrero de 2019 (aunque sí es necesario identificarlos).

Por último, como ya hemos avanzado, interesamos la anotación del expediente, para lograr los correspondientes efectos frente a terceros.

F. Cancelación de la hipoteca de 1912

Es obligatorio identificar los derechos reales constituidos sobre la finca (artículo 203 LH). Por ello indicamos la constancia registral de la hipoteca de 1912, a la vez que solicitamos su cancelación, por verificarse las condiciones de la regla Octava del artículo 210.1 LH:

«*1. El titular registral de cualquier derecho que registralmente aparezca gravado con cargas o derechos que hayan quedado legalmente extinguidos por prescripción, caducidad o no uso podrá solicitar la cancelación registral de los mismos, a través de expediente de liberación de cargas y gravámenes, tramitado con sujeción a las siguientes reglas:*

[...]

Octava. [...] Las inscripciones de hipotecas, condiciones resolutorias y cualesquiera otras formas de garantía con efectos reales, cuando no conste en el Registro la fecha en que debió producirse el pago íntegro de la obligación garantizada, podrán igualmente cancelarse a instancia de cualquier interesado cuando hayan transcurrido veinte años desde la fecha del último asiento en que conste la reclamación de la obligación garantizada o, en su defecto, cuarenta años desde el último asiento relativo a la titularidad de la propia garantía».

No es preciso iniciar un procedimiento separado para la cancelación por caducidad; puede solicitarse en la propia acta de inicio del expediente del 208 LH. Como hemos dicho, la hipoteca garantizaba el pago de una pensión periódica diaria, sin especificar ninguna fecha concreta para el último de los pagos debidos. Tampoco constaba ningún asiento o anotación en el Registro que indicase que el acreedor o sus herederos hubiesen ejecutado la garantía, de cuya constitución habían transcurrido más de 110 años. Por estas razones, el Registrador procedió a cancelar la hipoteca, en unidad de acto con la anotación preventiva del expediente.

G. Actualización de los linderos

Nos planteamos si debíamos incorporar la georreferenciación de la finca al expediente. Esto habría supuesto un retraso pues, siguiendo a FANDOS PONS (p. 3130), el registrador no puede incorporar la georreferenciación sino tras notificarla, entre otros, a todos los titulares de las fincas colindantes.

Tras la reforma operada por la Ley 13/2015, el artículo 9 b) LH sólo exige que la inscripción contenga las coordenadas georreferenciadas de la finca en casos de inmatriculación, parcelación, reparcelación, concentración parcelaria, segregación, división, agrupación, agregación, expropiación forzosa y deslinde. Es decir, todos ellos supuestos que implican una reordenación de las fincas registrales. Para los demás actos inscribibles (como pueden ser un negocio traslativo del dominio o un expediente de reanudación del tracto sucesivo), la georreferenciación es potestativa. Una vez reconstruido el tracto en el Registro, el titular podrá decidir, en su caso, agrupar las fincas, o bien instar el procedimiento correspondiente para obtener la concordancia entre el Registro y el Catastro. Todo ello sin perjuicio de los cambios introducidos por la reforma de la LH en 2023, de los que trataremos más adelante.

Por consiguiente, no solicitamos la coordinación de las fincas ni la incorporación de sus representaciones gráficas, ni tampoco actualizamos sus descripciones. Esto último planteaba un problema añadido, puesto que la diferencia de

superficie excedía del 10%, lo que nos habría obligado a tramitar un procedimiento del artículo 199 LH (ante el Registro), o del 201 (ante el notario), con una demora adicional de entre dos y tres meses.

Sin embargo, en su Resolución de 26 de abril de 2017, la DGRN admitió la posibilidad de rectificar la descripción literaria de la finca exclusivamente en cuanto a los linderos sin necesidad de acudir a los procedimientos de los artículos 199 o 201 LH, cuando concurren, cumulativamente, las siguientes circunstancias:

(i) Que resulte acreditada fehacientemente la rectificación por certificación catastral;

(ii) Que no implique la delimitación física de la totalidad de la finca, ni altere su superficie, ni resulte contradicha por otras titularidades o por representaciones gráficas inscritas; y

(iii) Que no existan dudas de identidad, siendo los linderos reales los previstos en el Catastro.

Todas estas circunstancias se verificaban en nuestro caso, de modo que interesamos la actualización de los linderos de la finca B para reflejar que limitaba con la finca A, ya inscrita a nombre de PropCo (la descripción decimonónica original ni siquiera mencionaba la finca A como colindante, pues ésta había nacido con la agrupación de 1963).

H. Sobre la referencia catastral única

Otra cuestión controvertida en nuestro caso era que ambas fincas tenían asignada la misma referencia catastral.

La Dirección General ha afirmado que no es suficiente para denegar la inscripción la mera coincidencia con la referencia catastral de un inmueble inscrito, pues se trata de un dato descriptivo de la finca que no supone por sí sola la incorporación de la representación gráfica de la finca al folio registral (cfr. Resoluciones de 24 de abril de 2019, 11 de octubre de 2019 y 22 de octubre de 2022). En consecuencia, bastó con no solicitar en el expediente la constancia de la referencia catastral, ya que su incorporación únicamente es preceptiva en los casos de inmatriculación de fincas no inscritas a favor de persona alguna y los de inmatriculación de excesos de cabida de fincas ya inscritas (artículo 298 RH, puntos 1 y 3, respectivamente).

4. Acta de cierre

En el acta final (o «*de cierre*») se hace constar el resultado de las diligencias, incluidas las practicadas por el notario, aunque no hayan sido propuestas por el requirente. El acta de cierre la puede otorgar el propio notario bajo la fórmula

«*por mí y ante mí*», sin necesidad de nueva comparecencia del promotor del expediente. Esta acta enumera las publicaciones y notificaciones efectuadas, y su resultado, dejando unidas fotocopias de las respectivas publicaciones y diligencias notariales.

Se hizo constar que había transcurrido más de un mes desde las publicaciones y notificaciones efectuadas sin que nadie se hubiese opuesto a la pretensión, ni hubieran comparecido ninguno de los citados o interesados, por lo que procedía declarar la titularidad de PropCo sobre la finca B.

Para este tipo de expedientes, el artículo 203 LH prevé expresamente el archivo automático en caso de oposición, por excepción al principio general que rige para la Jurisdicción Voluntaria (cfr. RDGSJFP de 13 de julio de 2022). Por tanto, si el liquidador (o cualquier tercero con un interés legítimo) hubiese formulado oposición, el notario debería haber concluido el expediente y archivado las actuaciones, dando cuenta inmediata al Registrador. Quedaría a salvo en todo caso la facultad del promotor del expediente de entablar demanda en juicio declarativo contra todos los que se hubiesen opuesto, ante el Juez de primera instancia correspondiente al lugar en que radique la finca.

V. FISCALIDAD

1. Escritura de complemento

La escritura de complemento quedaba sujeta a la misma tributación que la compraventa. Por tanto, la cuota gradual del AJD ya se había liquidado con el otorgamiento de la escritura de compraventa, dado que el precio fijado en dicha escritura cubría la transmisión de ambas fincas (el inmueble, en su conjunto).

2. Acta de notoriedad

El acta de cierre únicamente estaría sujeta al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas («TPO») si no se hubiesen satisfecho todos los impuestos aplicables a las transmisiones anteriores (artículo 7.2 c) LITP-AJD). En tal caso, la base imponible habría sido el valor de mercado de la finca B, con sujeción a los siguientes tipos aplicables en Cataluña:

a) Hasta 1.000.000 euros, un 10%
b) De 1.000.000 euros en adelante, un 11%

En este sentido, en el acta de cierre se manifestó que:

(i) Existe titulación pública de todas las transmisiones intermedias, dado que en todas ellas la finca B se entendía englobada en la descripción

de la finca A adyacente, habiendo tributado dichas transmisiones por los impuestos aplicables a las mismas;

(ii) En todas las enajenaciones anteriores se había transmitido el inmueble completo (que se corresponde con una única referencia catastral), con el error de indicar una única finca registral, cuando constaba de dos. En consecuencia, las transmisiones se referían todas al mismo inmueble y por el mismo título; y

(iii) La notoriedad de que tales documentos tributaron resulta del mismo hecho de su constancia registral, dado que no es posible inscribir documento alguno sin justificar el pago de los impuestos (artículo 254 LH).

De manera que el acta que documenta el resultado del expediente de dominio no está sujeta a TPO.

VI. VINCULACIÓN DE FACTO

Ya hemos explicado cómo logramos que ambas fincas quedasen inscritas a nombre de PropCo en el ajustado plazo que nos imponían los compromisos contraídos con el financiador. En este apartado trataremos brevemente una cuestión que también se planteó a lo largo de este proceso: la necesidad o no de agrupar ambas fincas, subsanando definitivamente el error cometido en 1963.

1. Coexistencia de ambas fincas

Como ya hemos dicho, uno de los objetivos de la Ley 13/2015 es evitar las patologías derivadas de la falta de concordancia entre Registro y realidad. Pero no hace exigible la exactitud total, ni tampoco la actualización de las descripciones registrales para inscribir la creación o transmisión de derechos sobre fincas ya inmatriculadas. Tenemos un ejemplo en la RDGRN de 14 de junio de 2017, que admite la inscripción de una hipoteca sobre una vivienda cuya obra nueva no constaba en el Registro, pese a que en la escritura se describía la vivienda familiar construida sobre la finca, y el certificado de tasación valoraba tanto la parcela como la edificación. La DGRN argumenta: «*la doctrina mayoritaria considera que la inscripción de la declaración de obra nueva de la vivienda o edificio existente al tiempo de constitución de la garantía, sin perjuicio de su conveniencia, no constituye un requisito previo a la inscripción de la hipoteca […] Este Centro Directivo es de la opinión, a pesar de la doctrina contraria de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1997, que la hipoteca se extiende a las edificaciones ya existentes no inscritas si esa resulta ser la voluntad manifiesta*

de las partes, e incluso en caso de silencio al no estar tampoco descritas en la escritura de constitución, porque solar y edificación constituyen una unidad jurídica inescindible al no poder separarse físicamente».

Por analogía, en nuestro caso ambas fincas pueden continuar coexistiendo de forma independiente en el Registro, siempre y cuando ambas permanezcan en todo momento en manos del mismo titular (PropCo), o se vendan de forma conjunta. Si se vendiese solamente una de las fincas, el Registrador podrá (y deberá) denegar la inscripción, para evitar que *regrese* la doble inmatriculación. Por tanto, concluimos que no existe ninguna obligación legal de agrupar ambas fincas (ni tampoco de inscribir una vinculación *ob rem* en el Registro, pues ésta ya existe de facto). De esta manera, evitamos que nuestro cliente incurriese en un nada desdeñable coste fiscal.

Sin perjuicio de lo anterior, si PropCo decidiese reformar el edificio para darle un nuevo uso y dicha reforma implicase una división horizontal (v.g., si se quisieran construir viviendas independientes), sí sería inevitable agrupar ambas fincas antes de otorgar la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal.

2. La situación tras la ley 11/2023

Este estado de cosas se ha visto modificado después de la inscripción del acta de cierre por una de las muchas leyes «ómnibus» que han visto la luz en los últimos tiempos. Se trata de la Ley 11/2023, de 8 de mayo, «*de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria y digitalización de actuaciones notariales y registrales, y por la que se modifica la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos*» (en adelante, y en aras de la economía del lenguaje, la «Ley 11/2023»).

En lo que nos ocupa, las reformas de la Ley 11/2023 se centran fundamentalmente en regular la sede electrónica general y la creación de un sistema informático registral adicional, y un repositorio electrónico «*con información actualizada de las fincas*» (cfr. Exposición de Motivos). En concreto, se añade un segundo párrafo al artículo 238 LH:

«*El folio real en soporte electrónico de cada finca se creará con ocasión de su inmatriculación o primera inscripción, o bien con ocasión de la realización de cualquier operación registral sobre aquélla, con excepción de asientos accesorios.*

En todo caso, el folio real en soporte electrónico incluirá necesariamente en el primer asiento que se realice la descripción actualizada de la finca […]».

Esta nueva disposición entrará en vigor el 9 de mayo de 2024 (junto con el resto de las modificaciones de la LH operadas por la Ley 11/2023)[26].

La norma habla de «*cualquier operación registral*», salvo los asientos accesorios (es decir, las notas marginales). Esto supone un cambio muy relevante respecto de la Ley 13/2015, que, como hemos visto, sólo exige la representación gráfica georreferenciada para determinadas operaciones (inmatriculación, concentración parcelaria, segregación, agrupación, etc.). Sin embargo, a partir del 9 de mayo de 2024, los Registradores podrán (y deberán) exigir que se incluya una descripción actualizada de la finca con ocasión de cualquier compraventa o gravamen.

En el momento de la desinversión (que con toda seguridad será después de 2024), PropCo cumpliría con la exigencia de descripción actualizada si agrupase ambas fincas antes de venderlas. No obstante, a nuestro juicio, esto no sería estrictamente necesario: creemos que sería posible incluir una descripción actualizada de la finca B en la escritura de transmisión, aclarando que forma parte de los multicines descritos en la finca A, y que se corresponde con una superficie de 550 m2 en el lugar donde antes se ubicaba la casa del número 5 bis de la calle de Sant Joan. Quizá llegado el caso sería prudente elevar una consulta vinculante a la Dirección General de Tributos, para aclarar si una descripción de este tenor podría considerarse una vinculación *ob rem* encubierta a efectos fiscales, en cuyo caso lo más práctico sería agrupar las fincas. En nuestra opinión, no existiría vinculación encubierta, pues ambas fincas ya están vinculadas de facto por el principio de fe pública registral gráfica, que, como hemos dicho, impone su transmisión conjunta, por lo que no se estaría creando ninguna vinculación *ex novo*.

En cualquier caso, habrá que estar a la interpretación que los Registradores y la Dirección General realicen de esta nueva exigencia de la LH, una vez entre en vigor.

VII. SOBRE LAS HIPOTECAS

Inscrita la finca A a nombre de PropCo, y antes de que concluyera el expediente de dominio relativo a la finca B, hipotecamos los multicines a favor de las entidades que finalmente formaron el sindicato. Se constituían dos hipotecas: una en garantía de la financiación propiamente dicha (la «Hipoteca Préstamo») y otra en garantía de un contrato marco de operaciones financieras según el modelo CMOF (versión 2020) aprobado por la Asociación Española de la Banca, con el fin de mitigar la fluctuación de los tipos de interés (la «Hipoteca Cobertura»).

Los acreedores garantizados bajo esta segunda hipoteca eran sólo algunas de las entidades del sindicato. Dada su especial naturaleza (en garantía de un producto derivado complejo), la Hipoteca Cobertura se constituyó como hipoteca flotante, conforme al artículo 153 bis LH.

Por petición expresa de los bancos, a ambas hipotecas se les atribuyó carácter mancomunado, sin especificar ningún porcentaje de participación de las distintas entidades.

Las hipotecas se constituyeron sobre las dos fincas, con distribución de la responsabilidad hipotecaria entre ambas. Solicitamos su inscripción parcial respecto de la finca A, mientras tramitábamos el expediente de reanudación del tracto. La alternativa hubiese sido hipotecar primero la finca A en garantía de ambos créditos, y ampliar posteriormente la garantía a la finca B. Sin embargo, esto podría resultar contrario al criterio expresado por la DGRN en su Resolución de 3 de mayo de 2000: «*al margen del supuesto previsto en el artículo 115 de la Ley Hipotecaria, […], la necesidad de ampliación de una garantía hipotecaria que en su momento se consideró suficiente obedecería sólo a una merma sobrevenida del valor de alguno de los bienes hipotecados*». Probablemente esta opción hubiese sido admisible siempre y cuando a la finca A se le hubiese asignado una responsabilidad hipotecaria sólo por una parte del principal, y más adelante se hubiese hipotecado la B para cubrir la parte pendiente de garantizar. No creemos que esto sea contrario al espíritu de la ley, que busca evitar que varias fincas respondan solidariamente *ab initio* por todo el saldo debido[27].

En cualquier caso, hipotecar ambas fincas desde el principio pareció la opción más acorde con la vinculación existente entre ambas fincas, además de la más práctica, pues implicaba movilizar a todos los firmantes una sola vez.

1. La tasación de la finca «B»

El certificado de tasación que el banco agente había encargado (antes de conocer la situación registral) identificaba los multicines exclusivamente con la finca A. La sociedad tasadora nos informó de que no podía modificar el certificado para incluir la finca B sin realizar una nueva visita al inmueble para tratar de delimitar los límites de ambas fincas, lo cual resultaba virtualmente imposible, dada la ausencia de límites claros entre ambas fincas.

Concluimos que no era necesario modificar la tasación, limitándonos a incluir la siguiente mención en la escritura:

«*Si bien el certificado de tasación sólo hace mención expresa a la finca [A] (dado que, cuando se encargó la tasación, la hipotecante desconocía la existencia registral de la finca [B]), la tasación se refiere a la referencia catastral única*

de ambas fincas y valora los metros cuadrados correspondientes a ambas. Es por ello que, en la medida en que el valor asignado en la tasación se refiere a la totalidad del edificio de que es titular el hipotecante, el cual, como se ha indicado, se corresponde con ambas fincas, el hipotecante y los acreedores hipotecarios convienen de mutuo acuerdo que el valor de cada finca en primera subasta será el resultante de distribuir el valor de tasación de manera proporcional entre las superficies construidas de cada una de las fincas, según la realidad física, esto es […]».

A continuación, expresamos los valores, obtenidos mediante una simple regla de tres, en función de la superficie registral de cada finca.

Esta asignación de valor se consideró suficiente, al haberse pactado entre las partes con base en un certificado de tasación relativo a todo el edificio. Otra posible solución habría sido establecer que, en caso de ejecución, las fincas deberían subastarse como un único lote de bienes, conforme al artículo 643 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sirviendo el valor de tasación como único tipo de subasta (al fin y al cabo, los bancos deberían ejecutar las dos fincas de forma conjunta, al no poder transmitirse por separado).

2. El problema de la hipoteca *en mano común*.

En un trabajo publicado hace algún tiempo en esta Revista, abordamos la problemática de la hipoteca *en mano común* (o *mancomunada*)[28]. Criticamos la postura de AZOFRA VEGAS, para quien ninguno de los coacreedores en una hipoteca mancomunada posee una cuota o porción exclusiva del derecho real, pues el disfrute de éste es «*colectivo y orientado a los fines solidarios del grupo*», al modo de las comunidades germánicas[29]. Por el contrario, defendimos que la comunidad formada por los coacreedores es de tipo romano, puesto que cada acreedor puede ceder su crédito (y con él, su participación en la hipoteca), así como declarar el vencimiento anticipado y ejecutar el préstamo (o, al menos, su cuota, lo que en la práctica equivale al vencimiento del crédito en su totalidad). Estas facultades individuales derivan necesariamente de la existencia de cuotas ideales en la hipoteca, lo que resulta incompatible con la comunidad germánica. Esta última es una figura residual en nuestro Derecho, que se reduce a escasos supuestos como la comunidad hereditaria o los montes vecinales o en mano común. Por el contrario, la normativa básica de la comunidad de derechos es la contenida en los artículos 392 y siguientes del Código civil, de clara inspiración romana.

Como desarrollamos en aquel trabajo, cada uno de los acreedores detenta, a todos los efectos prácticos, una parte alícuota de la garantía. Sucede así en la Hipoteca Préstamo y también en la Hipoteca Cobertura (hipoteca flotante, en

garantía de una obligación indeterminada): el saldo exigible está pendiente de determinar, pero el porcentaje en que aprovechará a cada acreedor ya viene dado por su participación en el instrumento de cobertura.

Presentada la escritura a inscripción, el Registrador advirtió un único defecto, al faltar la cuota de cada acreedor en las hipotecas. A juicio del Registrador, la mención a la mancomunidad no exime a las partes de indicar la porción ideal de cada acreedor (artículo 54 RH). Una vez más, compartimos el criterio del Registrador, que nos reafirma en nuestra posición respecto de la hipoteca mancomunada.

Este defecto pudo subsanarse mediante instancia privada con firmas legitimadas, detallando la proporción en que las distintas entidades participaban tanto en el préstamo como en el instrumento de cobertura (y, en consecuencia, en la Hipoteca Préstamo y en la Hipoteca Cobertura). En dicha instancia solicitamos también la inscripción de ambas hipotecas también sobre la finca B, que ya se había inscrito a nombre de PropCo.

Y así termina la historia de cómo solucionamos a tiempo un problema complejo, sin fácil remedio *a priori*. Nuestro trabajo supuso una gran satisfacción tanto para nuestro cliente como para nosotros como abogados, de la cual esperamos haber hecho partícipe al lector de estas páginas.

VIII. CONCLUSIONES

I. En los casos en que la edificación descrita en una finca *invade* otra (por ejemplo, por no haberse incluido esta última en la agrupación que dio origen a aquélla), el Registrador puede denegar la inscripción de cualquier transmisión de las fincas por separado, a fin de evitar dobles inmatriculaciones (o que se perpetúe —y agrave— una doble inmatriculación existente).

II. Una posible solución en un caso como el de estudio es la venta conjunta de ambas fincas. Esto permite inscribir parcialmente la compraventa sobre la finca resultante de la agrupación mientras se regulariza el tracto sucesivo registral de la otra. No se trata de una venta *a non domino*, pues el transmitente es propietario de las dos fincas: el titular de la finca *olvidada* es en cada momento el mismo que el de la finca resultante de la agrupación, a pesar de la inexactitud del Registro (recordemos que la inscripción no es constitutiva del derecho de propiedad).

III. Para reanudar el tracto sucesivo registral, se deben considerar como títulos intermedios de la finca *olvidada* los mismos que los de la finca

resultante de la agrupación. No creemos que sea aplicable la prescripción adquisitiva, aunque ésta es, en abstracto, válida para la reanudación del tracto, incluso si el derecho del usucapiente no está inscrito sobre la finca objeto de prescripción (STS de 21 de enero de 2014, que declara derogado el artículo 1949 del Código civil).

IV. El acta que pone fin al expediente no está sujeta a TPO si puede demostrarse que en su momento se pagaron todos los impuestos aplicables a las transmisiones anteriores. En nuestro caso, la notoriedad de que tales documentos tributaron resulta del mismo hecho de su constancia registral, dado que no es posible inscribir documento alguno sin justificar el pago de los impuestos (artículo 254 LH).

V. La reforma operada por la Ley 11/2023 hace obligatorio a partir del 9 de mayo de 2024 incluir una descripción actualizada de la finca con ocasión de cualquier compraventa o gravamen (y en general, de todas las inscripciones, salvo los asientos accesorios). A nuestro juicio, en casos como el de estudio debería ser posible aclarar que la finca *olvidada* forma parte del edificio descrito en la hoja de la otra finca. No creemos que ello esconda una vinculación *ob rem*, dado que las fincas ya están vinculadas de hecho por el principio de fe pública registral gráfica, que impone que se deban transmitir siempre de forma conjunta. En cualquier caso, habrá que estar a la interpretación que los Registradores y la Dirección General realicen de esta nueva exigencia de la LH, una vez que entre en vigor.

VI. El certificado de tasación del edificio es válido para hipotecar ambas fincas, incluso si sólo hace referencia a una de ellas. Las partes pueden pactar una distribución entre las fincas del valor previsto en el certificado, o, alternativamente, que ambas fincas deban subastarse como un único lote, con un único tipo de subasta.

VII. El hecho de que una hipoteca se configure como mancomunada o *en mano común* no exime de expresar los porcentajes de participación de cada acreedor en el derecho real de hipoteca a efectos del artículo 54 RH, pues dichas cuotas ideales existen en todo caso, sin que quepa considerar este tipo de hipotecas como comunidades germánicas.

IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS 912/1992, de 16 de octubre de 1992
- STS 299/2012 de 18 de mayo de 2012
- STS 841/2013, de 21 de enero de 2014

- STS 144/2015, de 19 de mayo de 2015
- SAP de Gerona de 16 de enero de 2017
- Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 2 de Almería, de 17 de abril de 2023
- AAP La Coruña de 13 de 2006
- RDGRN de 13 de noviembre de 1985
- RDGRN de 14 de noviembre de 1985
- RDGRN de 21 de junio de 1990
- RDGRN de 13 de abril de 1999
- RDGRN de 3 de mayo de 2000
- RDGRN de 21 de marzo de 2003
- RDGRN de 10 de agosto de 2011
- RDGRN de 10 de junio de 2013
- RDGRN de 8 de mayo de 2015
- RDGRN de 21 de diciembre de 2015
- RDGRN de 14 de abril de 2016
- RDGRN de 28 de abril de 2016
- RDGRN de 23 de mayo de 2016
- RDGRN de 21 de diciembre de 2016
- RDGRN de 26 de abril de 2017
- RDGRN de 13 de julio de 2017
- RDGRN de 30 de enero de 2018
- RDGRN de 1 de febrero de 2019
- RDGRN de 24 de abril de 2019
- RDGRN de 13 de junio de 2019
- RDGRN de 11 de octubre de 2019
- RDGSJFP de 20 de marzo de 2020
- RDGSJFP 3 de junio de 2020
- RDGSJFP de 22 de octubre de 2020
- RDGSJFP de 13 de julio de 2022
- RDGSJFP de 31 de enero de 2023
- RDGSJFP de 7 de marzo de 2023

X. BIBLIOGRAFÍA

ARRIETA SEVILLA (2018): La subsanación de la doble inmatriculación. En ARRIETA SEVILLA, L.J. y SÁNCHEZ JORDÁN, Mª.E. (dirs.). GARCÍA GARCÍA, J.A. (coord.). *Estudios sobre la representación gráfica de las fincas registrales*. Cizur Menor. Civitas Thomson Reuters (pp. 309-328)

AZOFRA VEGAS, F., OLIVA DOMÍNGUEZ, J.M. y ALONSO LAPORTA, J.L. (2011): Hipotecas en mano común. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 725 (pp. 1285-1323)

CASAS ROJO, J.C. (2023): Acta notarial art. 208 LH para la reanudación de tracto interrumpido: casos en que puede utilizarse. [En línea], disponible en https://revista-registradores.es/acta-notarial-art-208-lh-para-la-reanudacion-de-tracto-interrumpido-casos-en-que-puede-utilizarse/

CORDERO LOBATO, E. (2013): De los contratos de prenda, hipoteca y anticresis. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil*: Tomo IX. Valencia. Tirant lo Blanch (pp. 12766 y 12824).

DELGADO RAMOS, J. (2017): Efectos jurídicos de la delimitación gráfica de las fincas en el Registro de la Propiedad. [En línea], disponible en https://www.notariosyregistradores.com/PERSONAL/PROPIEDAD/basesgraficas-efectosjuridicos.htm#_ftnref2

DESCARTES, R. (1644): *Principia Philosophiae,* I (p. 51)

FABRE LAFUENTE, I. (2021): El tratamiento de la doble inmatriculación en la actual normativa hipotecaria española. Nuevas perspectivas: la coordinación Catastro-Registro de la Propiedad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 788 (pp. 3305-3368)

FANDOS PONS, P. (2023): Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio (VII). Principios consecuencia de la inscripción: la fe pública registral gráfica. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 794 (pp. 3115 y ss.)

GARCÍA GARCÍA, A. (2019): Hipoteca en mano común, retracto de coacreedores y conflicto de leyes: un caso práctico. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 774 (pp. 1843-1884)

GÓMEZ PERALS, M. (2022): Panorama de la Ley 13/2015 de Reforma de la Ley Hipotecaria y del Catastro Inmobiliario y su posible reflejo reglamentario. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 790

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2014): Definitiva derogación del artículo 1949 del Código Civil: la aplicación de la regulación hipotecaria en la usucapión *contra tabulas*. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 744 (pp. 1943-1960)

MARTÍNEZ CALVO, J. (2020): La hipoteca sobre varias fincas en garantía de un único crédito: distribución de responsabilidad, cancelación parcial y ejecución. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 779 (p. 1657)

(QUESADA GONZÁLEZ, Mª C. (2015): La regulación de la usucapión en el Derecho catalán. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 747 (pp. 51-93)

NOTAS

[1.] Sí se habría considerado un problema de haberse dado a la inversa, por las implicaciones fiscales y la necesidad de regularizar la superficie catastral (que determina indirectamente la base imponible del Impuesto sobre Bienes Inmuebles).

[2.] La pluma (*ploma d'aigua* en Cataluña) es una antigua medida de suministro de agua que varía mucho según los países de habla hispana. Según el Diccionario enciclopédico Vox 2009 (Larousse Editorial), en España equivale a un gasto de 0,025 litros por segundo.

[3.] DELGADO RAMOS, J. (2017): Efectos jurídicos de la delimitación gráfica de las fincas en el Registro de la Propiedad. [En línea], disponible en https://www.notariosyregistradores.com/PERSONAL/PROPIEDAD/basesgraficas-efectosjuridicos.htm#_ftnref2

[4.] Afirma ROCA SASTRE que «*los datos registrales sobre hechos materiales no se hallan cubiertos o amparados por la presunción de exactitud del contenido del Registro; y esto tanto a efectos de la fe pública registral como de la legitimación registral*». Citado en: FANDOS PONS, P. (2023): Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio (VII). Principios consecuencia de la inscripción: la fe pública registral gráfica. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 794 (pp. 3115 y ss.).

[5.] FABRE LAFUENTE, I. (2021): El tratamiento de la doble inmatriculación en la actual normativa hipotecaria española. Nuevas perspectivas: la coordinación Catastro-Registro de la Propiedad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 788 (p. 3323).

[6.] Esto ha hecho posible el surgimiento de un mercado de seguros de título en Estados Unidos y Reino Unido, que sin embargo no ha tenido éxito en España.

[7.] ARRIETA SEVILLA (2018): La subsanación de la doble inmatriculación. En ARRIETA SEVILLA, L.J. y SÁNCHEZ JORDÁN, Mª.E. (dirs.). GARCÍA GARCÍA, J.A. (coord.). *Estudios sobre la representación gráfica de las fincas registrales*. Cizur Menor. Civitas Thomson Reuters (pp. 309-328).

[8.] DESCARTES, R. (1644): *Principia Philosophiae,* I, p. 51: «*Lorsque nous concevons la substance, nous concevons seulement une chose qui existe en telle façon, qu'elle n'a besoin que de soi-même pour exister*».

[9.] FANDOS PONS, P. (2023): Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio (VII). Principios consecuencia de la inscripción: la fe pública registral gráfica. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 794 (pp. 3115 y ss.).

[10.] FABRE LAFUENTE, I. (2021): El tratamiento … (*op. cit.*, p. 3307).

[11.] Hasta la reforma de 2015, sólo se ocupaba de la cuestión el artículo 313 RH. Originalmente, este artículo se limitaba a regular el procedimiento judicial para dejar constancia a través de nota marginal de la situación de conflicto entre dos folios registrales relativos a la misma finca (para evitar que se causaran perjuicios a terceros), y a remitir la cuestión al juicio declarativo correspondiente. En la reforma de 1998 se añadieron dos nuevas reglas para subsanar la doble inmatriculación no conflictiva cuando afectaba a una única persona, o a dos distintas si una de ellas aceptaba renunciar a su condición de titular. En cualquier caso, como señaló la STS 144/2015, de 19 de mayo (F.J. III), el artículo 313 RH no contenía un criterio de solución del conflicto, sino que buscaba facilitar un medio de publicidad o toma de razón de la irregularidad, y reservar a los interesados las acciones pertinentes en orden al mejor derecho al inmueble. Este precepto reglamentario debe entenderse derogado (por el principio de jerarquía normativa) tras la redacción que la Ley 13/2015 dio al artículo 209 LH. Así lo declaró la RDGRN de 21 de diciembre de 2015: «*[El régimen jurídico contenido en el artículo 313 RH] cambia sustancialmente tras la entrada en vigor de la reforma de la Ley Hipotecaria operada*

por la Ley 13/2015, pues ahora lo relativo a la situación de doble inmatriculación entre dos fincas o partes de ellas, es objeto de una novedosa regulación y, además, con rango de ley, debiendo por tanto entenderse tácitamente derogado el referido artículo 313 del Reglamento Hipotecario en virtud de la disposición derogatoria de la propia Ley 13/2015». En la misma línea, GÓMEZ PERALS, M. (2022): Panorama de la Ley 13/2015 de Reforma de la Ley Hipotecaria y del Catastro Inmobiliario y su posible reflejo reglamentario. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 790 (pp. 874-875).

[12] Estas Resoluciones denegaron la inscripción de una escritura de aumento de capital de una sociedad anónima unipersonal en la que el accionista único suscribía íntegramente las nuevas acciones. El Registro había fundado su decisión en que el acuerdo social llevado a cabo por el único socio no tendía a reconstruir la normal vida social al no dar entrada a nuevos socios, por lo que no debía tener acogida en el Registro Mercantil: «Vistos los artículos 51, 55 y 150 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1960 y las resoluciones de 20 de junio de 1963, 3 de octubre de 1972, 8 de junio de 1979 y 7 de julio de 1980 […] Considerando que la exigencia de ser necesaria una pluralidad de personas para que se pueda constituir una Sociedad mercantil, no es más que una consecuencia de la propia naturaleza del contrato de Sociedad que requiere una puesta en común de aportaciones de los socios, aparte de que resultaría difícil de justificar la existencia de una personalidad jurídica social distinta de la de sus componentes, cuando se tratare de un solo socio, y de ahí que el Derecho comparado —con la excepción de Liechtenstein— no admita en el momento de su fundación Sociedades con tales características […] El fundamento de la subsistencia de una Sociedad con un solo socio estriba en el favor del legislador para evitar una inmediata disolución de la misma, pero que tal subsistencia no puede quedar sujeta al libre arbitrio del único accionista de la Sociedad, aparte de que como ya ha declarado este centro directivo […], el aspecto corporativo de una Sociedad exige una pluralidad de socios para el normal desarrollo de sus relaciones internas, que aparecerán muy dificultadas, si no de imposible cumplimiento al quedar destruida la natural oposición entre el interés de la Sociedad y el interés particular del único socio». La RDGRN de 21 de junio de 1990, revirtió esta doctrina, probablemente inspirada por la recién aprobada Directiva 89/667/CEE, que sería finalmente transpuesta mediante la Ley de Sociedades Limitadas de 1995, la cual admitió por primera vez en España la creación de sociedades unipersonales ab origine.

[13] Cfr. CASAS ROJO, J.C. (2023): Acta notarial art. 208 LH para la reanudación de tracto interrumpido: casos en que puede utilizarse. [En línea], disponible en https://revistaregistradores.es/acta-notarial-art-208-lh-para-la-reanudacion-de-tracto-interrumpido-casos-en-que-puede-utilizarse/. El autor destaca que la Dirección General ya había señalado con anterioridad (en relación con los expedientes judiciales) que el procedimiento no podía utilizarse como vía para eludir el cumplimiento de las normas legales sobre subsanación de títulos inscribibles (RDGRN de 10 de agosto de 2011), y tampoco sirve para subsanar deficiencias de la titulación existente (RDGRN de 10 de junio de 2013), ni cuando no hay propiamente ruptura del tracto, sino un defecto en el título previo (RDGSJFP de 31 de enero de 2023). En el supuesto enjuiciado, el promotor del expediente había tratado de subsanar un Auto de adjudicación en ejecución hipotecaria que adolecía de defectos insubsanables, pretendiendo eludir dichos defectos a través de un expediente de reanudación del tracto.

[14] Conforme a la RDGRN de 14 de abril de 2016, cuando el promotor del expediente adquiere sólo de alguno o algunos de los herederos del titular registral, sí existe auténtica interrupción del tracto y, por tanto, posibilidad teórica de acudir para solventarlo al nuevo expediente notarial del artículo 208, si se promueve tras dicha fecha.

[15] Conforme a las RRDGRN de 13 de julio de 2017 y de 30 de enero de 2018, se admite el expediente de dominio, aunque no exista verdadera ruptura de tracto, cuando la obtención de la titulación ordinaria revista una extraordinaria dificultad, que daría lugar a formalismos inadecuados. Se admite así para reanudar el tracto en los casos en que resulte especialmente oneroso conseguir el título intermedio.

[16] RDGRN de 21 de marzo de 2003: «*En el presente caso […] dado que se ha poseído durante treinta años, la posesión misma es suficiente, sin ulteriores requisitos, para adquirir […]. Por lo tanto, si se considera: a) que el Juez considera que el promotor ha adquirido la propiedad de las fincas por prescripción al haberlas poseído a título de dueño durante más de treinta años; b) que la prescripción es un modo de adquirir; c) que el expediente de dominio es un procedimiento que tiene por fin la declaración "erga omnes" a efectos registrales de que ha existido un hecho del que resulta que el promotor ha adquirido el dominio; d) que no existe ninguna norma que exija que la adquisición se haya realizado por medio de título y modo y no por cualquier otro medio de los que recoge el artículo 609 del Código Civil; y e) que la calificación registral tiene un alcance limitado (cfr. artículo 18 de la Ley Hipotecaria […]), el defecto observado por el Registrador no puede ser mantenido y debe, por consiguiente, revocarse la nota que en él se funda. Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota y el auto apelado*».

[17] En el momento en que se redactó el artículo 1949 del Código civil era posible la inscripción de la posesión (cfr. GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2014): Definitiva derogación del artículo 1949 del Código Civil: la aplicación de la regulación hipotecaria en la usucapión *contra tabulas*. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 744 (p. 1945).

[18] Sentencia comentada en ibidem (p. 1955): «*El Tribunal Supremo […] afirma con rotundidad que el artículo 1949 del Código Civil ha quedado derogado por el artículo 36 LH, posterior al mismo, y que es el precepto que debe aplicarse ante un supuesto de usucapión* contra tabulas, *tanto ordinaria (el supuesto al que se refería el art. 1949 CC) como extraordinaria; sin que quepa mantener la vigencia del artículo 1949 del Código Civil para la usucapión* contra tabulas, *ordinaria, y el doble régimen que hasta el momento se defendía por parte de la doctrina y por la jurisprudencia, que entendían aplicable y vigente el artículo 1949 del Código Civil para la ordinaria, y el artículo 36 LH para la extraordinaria. Es de agradecer la claridad del Alto Tribunal, y que confirme la derogación de este artículo, que nació en sintonía con el régimen anterior pero que hoy en día no tiene sentido*».

[19] El artículo 36 LH también es aplicable en el Derecho catalán (cfr. QUESADA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 82).

[20] Sobre el particular, destaca el trabajo de QUESADA GONZÁLEZ, Mª C. (2015): La regulación de la usucapión en el Derecho catalán. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 747 (p. 54): «*se puede afirmar que la denominada usucapión ordinaria del ordenamiento jurídico estatal es una institución desconocida en el Derecho catalán*» (ya que no existe la distinción que establece el Derecho común entre ambos tipos de prescripción adquisitiva).

[21] Artículo 531-24 CCCat: «*4. La persona que adquiere por usucapión puede unir su posesión a la posesión para usucapir de sus causantes*».

[22] Se solicita que en dicha certificación se consignen todos los datos que figuran en el Registro de la Propiedad sobre los titulares registrales y, en caso de constar, los de sus eventuales sucesores.

[23] Para un detalle pormenorizado de toda la información y documentación cuya aportación es preceptiva, cfr. artículos 203 y 208 LH.

[24.] Sí se exige que se trate de documentos escritos, sin que se entiendan suficientes los contratos verbales a los efectos de este tipo de expedientes, sin perjuicio de la validez de los contratos verbales en nuestro ordenamiento jurídico (cfr. RDGSJFP de 7 de marzo de 2023).

[25.] RDGRN de 23 de mayo de 2016: «*Cuando la última inscripción de dominio o del derecho real cuyo tracto se pretenda reanudar tenga menos de treinta años de antigüedad, debe realizarse una citación personal al titular registral o a sus herederos. Pero cuando la última inscripción de dominio o del derecho real cuyo tracto se pretenda reanudar tenga más de treinta años, la citación al titular registral debe ser nominal, pudiendo practicarse, no obstante, por edictos, y respecto de sus herederos la citación, que también puede ser por edictos, sólo hace falta que sea nominal cuando conste su identidad de la documentación aportada*».

[26.] Por lo demás, las disposiciones de la Ley 11/2023 que afectan a la Ley del Notariado entrarán en vigor el 9 de noviembre de 2023, y las que afectan al Código de Comercio, el 9 de mayo de 2024 (este artículo se ha redactado en julio de 2023).

[27.] Cfr. MARTÍNEZ CALVO, J. (2020): La hipoteca sobre varias fincas en garantía de un único crédito: distribución de responsabilidad, cancelación parcial y ejecución. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 779 (p. 1657), y CORDERO LOBATO, E. (2013): De los contratos de prenda, hipoteca y anticresis. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil*: Tomo IX. Valencia. Tirant lo Blanch (pp. 12766 y 12824).

[28.] GARCÍA GARCÍA, A. (2019): Hipoteca en mano común, retracto de coacreedores y conflicto de leyes: un caso práctico. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 774 (pp. 1843-1884).

[29.] AZOFRA VEGAS, F., OLIVA DOMÍNGUEZ, J.M. y ALONSO LAPORTA, J.L. (2011): Hipotecas en mano común. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 725 (pp. 1285-1323).

Trabajo recibido el 26 de octubre de 2023 y aceptado para su publicación el 18 de diciembre de 2023

DERECHO COMPARADO

El régimen jurídico de la minería en los países nórdicos. En particular, los casos de Suecia y Finlandia

The legal regime for mining in the Nordic countries. In particular, the cases of Sweden and Finland

por
MARÍA DE LOS ÁNGELES FERNÁNDEZ SCAGLIUSI
Profesor titular de universidad
Universidad de Sevilla

RESUMEN. La industria de minerales de la Unión Europea ha experimentado una reestructuración significativa en las últimas décadas, y desempeña un papel crucial en la economía regional. Además de suministrar materias primas esenciales, genera empleo, exporta conocimientos técnicos y productos de alta calidad.

Ciertamente, las materias primas son fundamentales para la economía de la Unión Europea, con aproximadamente 30 millones de empleos dependientes de ellas. La creciente demanda y los desafíos en el suministro, como la volatilidad de precios y distorsiones del mercado, unido a los riesgos medioambientales se enfrentan en el Plan Estratégico de Ejecución de la Cooperación de Innovación Europea sobre las Materias Primas. Este plan propone medidas para garantizar un suministro sostenible y convertir a Europa en líder en exploración, extracción, reciclaje y sustitución de materias primas. Sin embargo, la importancia de las industrias extractivas no siempre es reconocida adecuadamente en las políticas europeas.

En este contexto, el presente trabajo analiza el régimen jurídico de la minería de dos países nórdicos, Suecia y Finlandia, prestando especial atención a los títulos habilitantes. Suecia es un importante productor de minerales, mientras que Finlandia destaca por su atractivo inversor y políticas públicas favorables, lo que resalta su importancia en el sector de las materias primas.

ABSTRACT: The EU minerals industry has undergone significant restructuring in recent decades, and plays a crucial role in the regional economy. In addition to supplying essential raw materials, it generates employment, exports know-how and high quality products.

Indeed, raw materials are central to the EU economy, with approximately 30 million jobs dependent on them. Growing demand and supply challenges, such as price volatility and market distortions, coupled with environmental risks are addressed in the Strategic Implementation Plan for the European Innovation Partnership on Raw Materials. This plan proposes measures to secure sustainable supply and make Europe a leader in raw materials exploration, extraction, recycling and substitution. However, the importance of the extractive industries is not always adequately recognised in European policies.

Against this background, this paper analyses the legal regime for mining in two Nordic countries, Sweden and Finland, with a special focus on the mining authorisations. Sweden is a major mineral producer, while Finland stands out for its investment attractiveness and favourable public policies, which underlines its importance in the raw materials sector.

PALABRAS CLAVE: Minería. Suecia. Finlandia. Permisos de exploración. Concesiones de explotación.

KEY WORDS: Mining. Sweden. Finland. Exploration permits. Mining concessions.

SUMARIO. I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. SUECIA: EL PRINCIPAL PRODUCTOR DE MINERALES Y DE METALES EN LA UNIÓN EUROPEA.—III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA MINERÍA EN SUECIA. 1. Minerals Act (1991:45). 2. Swedish Environmetal Code. 3. Los Permisos de exploración y las concesiones de explotación. *A) Clases de permisos. B) Los permisos de exploración. C) Las concesiones de explotación. D) Criterios aplicables a todos los permisos.* 4. Mining Inspectorate of Sweden. 5. La estrategia minera sueca. *A) Consideraciones generales. B) Objetivos, acciones y medidas.*—IV. FINLANDIA: DESTINO PREDILECTO DE LA INVERSIÓN MINERA.—V. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA MINERÍA EN FINLANDIA. 1. Mining Act 621/2011. *A) Características generales. B) Objetivos de la ley. C) Principios generales.* 2. The Environmental Protection Act. 3. Los permisos mineros. *A) Clases de permisos. B) Los permisos de exploración. C) Los permisos de explotación. D) Los permisos de paneo de oro. E) Condiciones aplicables a todos los permisos.* 4. Finnish Safety and Chemicals Agency (TUKES). 5. La Estrategia minera finlandesa.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La industria de los minerales en la Unión Europea, que ha sufrido una reestructuración masiva en las últimas décadas, no sólo es proveedora de materias primas vitales para la economía de la Unión, sino que también es una importante generadora de empleos y exportadora de conocimientos técnicos, tecnologías y productos manufacturados de primera clase. La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Banco Europeo de Inversiones, de 23 de noviembre de 2017 indica que la Unión de la Energía, una de las diez prioridades de la Comisión, tiene como objetivos crear nuevos puestos de trabajo y nuevas oportunidades para las inversiones. Las minas pueden ofrecer importantes beneficios económicos para las comunidades de las regiones circundantes, sobre todo, en forma de oportunidades de empleo, mejores salarios, desarrollo de infraestructuras e ingresos fiscales. No obstante, no puede pasarse por alto que también conllevan grandes riesgos medioambientales.

El suministro constante de recursos minerales a la economía de la Unión Europea sigue siendo un factor fundamental e insustituible para el bienestar de sus ciudadanos. El Comunicado de prensa de la Comisión Europea, de 26 de septiembre de 2013 señala: Las materias primas son la espina dorsal de la industria de la Unión Europea. En la Unión Europea, al menos 30 millones de puestos de trabajo dependen del acceso a las mismas. Sin embargo, nos enfrentamos a una demanda creciente de minerales y metales sin transformar y, paralelamente, a importantes retos para el suministro de algunas materias primas, entre los que cabe citar la volatilidad de los precios y las distorsiones del mercado. Como respuesta, el Grupo Director de Alto Nivel de la Cooperación de Innovación Europea (CIE) sobre las Materias Primas publicó un Plan Estratégico de Ejecución (PEE) en el que se describe cómo podemos actuar para garantizar a la economía europea un suministro sostenible de materias primas y convertir a Europa en un líder mundial en la exploración, la extracción, la transformación, el reciclado y la sustitución de materias primas de aquí a 2020. En el PEE se exponen medidas detalladas que las partes implicadas — los países de la Unión Europea, las empresas, los investigadores y las ONG — pueden utilizar para fomentar la innovación tecnológica y no tecnológica en nuestra cadena de valor de las materias primas, así como en la escena internacional. Estas incluyen una amplia gama de iniciativas, como nuevos conceptos y tecnologías de exploración de carácter rentable, la mejora de la recuperación y el reciclado de los residuos de demolición, y la búsqueda de sustitutos de materias primas fundamentales, como el indio utilizado en las tecnologías de pantalla táctil.

Sin embargo, la importancia de las industrias extractivas no es siempre bien percibida por la mayoría de los responsables de la toma de decisiones europeas y, por el momento, no está correctamente integrada en la mayoría de las políticas de la Unión Europea (USA INTERNATIONAL BUSINESS PUBLICATIONS, 2013, 29).

Ciertamente, si bien los costes crecientes de la energía y la alta dependencia de la Unión Europea de las importaciones energéticas son temas ya candentes en la agenda política, aún no han recibido la atención debida a retos comparables en relación con determinadas materias primas no energéticas.

Por una parte, la Unión Europea es poseedora de muchos yacimientos de materias primas. Sin embargo, su exploración y extracción sufren una competencia creciente de distintos usos de la tierra y de un medio ambiente dotado de una elevada regulación, así como limitaciones tecnológicas para el acceso a los yacimientos de minerales.

Por otra parte, la Unión Europea depende en gran medida de las importaciones de materias primas de importancia estratégica, que son objeto creciente de distorsiones del mercado. En el caso de los metales de alta tecnología, puede considerarse esta dependencia decisiva teniendo en cuenta su valor económico y los graves riesgos de suministro que entrañan. Y al mismo tiempo, es posible garantizar los suministros de materias mejorando la eficiencia de los recursos y su reciclaje, tal y como señala la propia Introducción de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo «La iniciativa de las materias primas: cubrir las necesidades fundamentales en Europa para generar conocimiento y empleo», {SEC (2008) 2741.

Los cambios globales en la producción y en la demanda de materias primas tienen un impacto significativo en la geopolítica, en el desarrollo de la energía y en la competitividad industrial. Esto plantea serios retos a Europa, pero también crea oportunidades únicas. Dentro de este ámbito, la Unión Europea quiere reforzar su papel como líder mundial en el ámbito de la transición energética al tiempo que proporciona seguridad energética a todos sus ciudadanos. Por lo tanto, su ambición por completar y desarrollar la Unión Energética sigue siendo alta.

En este contexto nos proponemos analizar dos países de la Unión Europea con gran relevancia en el ámbito minero: Suecia y Finlandia. En el caso de Suecia, su importancia radica en ser uno de los principales productores de minerales y metales de la Unión Europea. Por su parte, el supuesto de Finlandia viene justificado por el hecho de haber obtenido el primer lugar en el último ranking elaborado por el Instituto Fraser, que tiene en cuenta el *investment attractiveness index* o índice de atractivo inversor y el segundo lugar —después de Irlanda— en el ranking, que tiene en cuenta el índice de percepción de políticas públicas.

II. SUECIA: EL PRINCIPAL PRODUCTOR DE MINERALES Y DE METALES EN LA UNIÓN EUROPEA

Como puede observarse, los países nórdicos, en particular Suecia, Finlandia, Noruega y Groenlandia son considerados como algunas de las jurisdicciones más lucrativas del mundo para la inversión minera. Un elevado número de inversores es atraído por un potencial geológico significativo, un constante crecimiento económico y unas buenas infraestructuras, acompañadas de marcos jurídicos estables y transparentes (SPEIGHT y SHABAZZ, 2013, 1-2).

Concretamente, Suecia es uno de los principales productores de minerales y de metales en la Unión Europea. En efecto, históricamente, la minería ha sido una importante impulsora del desarrollo regional sueco (LIEDHOLM JOHNSON, 2005, 1067).

La industria minera opera en la mayor parte de Suecia, salvo en las regiones más australes y en las islas de Öland y Gotland, donde la posibilidad de encontrar yacimientos minerales valiosos es más limitada, es decir, en esas regiones la extracción industrial de minerales y materiales de construcción no es tan común. El norte de Suecia es generalmente rico en minerales y tiene la mayor concentración de operaciones mineras del país. Las áreas específicas de interés son el yacimiento de Skellefteå en el condado de Västerbotten, una zona de importante densidad mineral, y el condado de Norrbotten, donde se encuentra la mayor parte de la producción de mineral de hierro.

Además, en Suecia se encuentra la mina de cobre de tajo abierto más productiva del mundo: el yacimiento Aitik, con una profundidad de 400 metros, que fue descubierto a inicios de 1930. Actualmente hay casi cien compañías con permisos de exploración activos, ocupándose de la búsqueda de minerales. El sector minero en Suecia emplea aproximadamente a 6.000 personas.

El fuerte aumento de los precios de los minerales en el siglo XXI ha impulsado la rápida expansión de las actividades mineras suecas, actualmente una de las economías mineras más grande de la Unión Europea. Ha logrado convertirse en el principal productor de hierro y de plomo. Los cuatro distritos mineros de Suecia producen el 92% del hierro; el 33% del oro; el 32% del plomo; el 26% del zinc; el 18% de la plata y el 10% del cobre de la Unión Europea.

En 2011 el número de solicitudes de permisos de exploración alcanzó un máximo histórico, acercándose a las 600, más del doble del número registrado en 2004, que apenas llegaba a las 300. La señal más evidente del creciente interés por los minerales suecos fue el aumento de los gastos de prospección, una cifra que alcanzó un máximo histórico de casi 800 millones de coronas suecas en 2011, más de cuatro veces la cantidad registrada en 2002, que era inferior a los 200 millones de coronas suecas. La preocupación por la escasez de recursos en

la Unión Europea ha subrayado el papel potencialmente crucial de Suecia como fuente fiable de minerales metálicos en la región.

Según los datos del *SGU —Geological Survey of Sweden—*, en el año 2020 había hasta 30 minas de metal en Suecia. Para 2030 Suecia podría contar con 50 minas en funcionamiento. Este pronóstico se basa en evaluaciones de la capacidad minera en proyectos que se han concedido o han solicitado un permiso de procesamiento y donde se están realizando esfuerzos activos para implementar los proyectos. Las previsiones permiten suponer que todos estos proyectos se convertirán en minas operativas.

III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA MINERÍA EN SUECIA

1. Minerals Act (1991:45)

La Ley encargada de regular la minería en Suecia es el *Minerals Act* (1991:45), aprobado el 24 de enero de 1991 y que entró en vigor el 1 de julio de 1992. Fue reformado en el año 2005 (HOJEM, 2015, 70).

En virtud de la sección 1, la norma se aplica a la exploración y explotación de yacimientos situados en terrenos propios o pertenecientes a terceros. No se aplica a las áreas situadas en aguas públicas del mar (sección 2).

Las disposiciones que afectan a las actividades a las que se refiere la presente Ley figuran también en el *Environmental Code, el Planning and Building Act* (1987:10) y el *Act concerning Ancient Monuments and Finds* (1988:950). Las disposiciones relativas al derecho a adquirir y poseer o de cualquier otra manera tratar con sustancias nucleares o los minerales que contienen dichas sustancias también están contenidas en el *Nuclear Activities Act* (1984:3). Las disposiciones relativas a otros derechos para realizar operaciones que impliquen radiación están contenidas en el *Radiation Protection Act* (1988:220).

Por último, debe citarse también aquí la *Minerals ordinance* (1992:285), aprobada el 7 de mayo de 1992, que desarrolla la Ley de minas.

2. Swedish Environmental Code

El *Swedish Environmental Code* fue aprobado en 1998 y entró en vigor el 1 de enero de 1999.

El propósito general del Código Medioambiental es promover un desarrollo sostenible que asegure un medio ambiente sano para las generaciones presentes y futuras. Por ello, todo aquel que realice o pretenda realizar una actividad debe adoptar las medidas cautelares necesarias para prevenir, impedir o combatir los

daños o perjuicios a la salud humana o al medio ambiente. El establecimiento o la expansión de una cantera o mina no serán posibles sin que el proyecto sea compatible con las provisiones del Código Ambiental (BOHNE, 2006, 383).

El Código del Medio Ambiente contiene criterios generales a considerar, por ejemplo, el principio básico según el cual las medidas deben adoptarse tan pronto como exista la sospecha de que hay un riesgo para la salud humana o el medio ambiente y el principio según el cual quien contamina paga por la reparación de cualquier daño o perjuicio causado.

El Código Medioambiental también contiene disposiciones básicas relativas a la gestión de las zonas terrestres y acuáticas. La regla básica es que las tierras y las zonas acuáticas deben utilizarse para los fines o propósitos para los que son más adecuados (STRÖMHOLM, 1981, 399). Se dará prioridad al uso que promueva la buena gestión desde el punto de vista del interés público. Algunas áreas están señaladas en la legislación como áreas de interés nacional y dentro de estas áreas no se pueden adoptar medidas que dañen el valor identificado de dichas áreas, con ciertas excepciones especificadas en la norma.

Aparte de las áreas de interés nacional que se señalan en el Código, algunos organismos, de conformidad con las disposiciones de la Ordenanza sobre la ordenación de la tierra y el agua (1998:896), deben proporcionar información sobre las zonas que consideran de interés nacional para diversos fines. Entre esos organismos figuran el *Sameting* (Parlamento consultivo con poderes administrativos y de representación), que se encarga de proporcionar información sobre las zonas de interés nacional para la cría de renos; la Agencia Sueca de Protección del Medio Ambiente (EPA) para obtener información similar sobre los valores naturales y las actividades recreativas; el Consejo Nacional Sueco del Patrimonio, para la preservación del medio ambiente cultural y el SGU para los depósitos de sustancias o minerales valiosos. Sin embargo, las afirmaciones de las agencias sobre áreas de interés nacional no son jurídicamente vinculantes hasta que no sean pertinentes en el marco de una evaluación de permisos. Si, en tal evaluación, se considera que un área es de interés nacional, no se deben tomar medidas dentro de ella si estas últimas causan un daño evidente al interés público.

3. Los permisos de exploración y las concesiones de explotación

A) Clases de permisos

La Ley de minas sueca distingue dos clases de permisos: los permisos de exploración y las concesiones de explotación. La sección 3 de la Ley define la exploración como el trabajo realizado para probar la existencia de un yacimiento minero y para establecer el valor económico probable del yacimiento y su carác-

ter en otras inspecciones, en la medida en que dicho trabajo implique la usurpación de los derechos del propietario de la tierra o del titular de otros derechos. La sección 3 de la Ley define la explotación como la extracción y utilización de una concesión minera.

Los permisos de exploración otorgan al titular derechos exclusivos de exploración (prospección) y derechos de prioridad para la obtención posterior de una concesión de explotación. Antes de iniciar los trabajos de exploración, el titular del permiso debe elaborar un plan de trabajo. Este plan de trabajo ha de ser comunicado al propietario o propietarios del terreno donde se realizará la exploración. A continuación, los propietarios de tierras tienen derecho a presentar observaciones sobre el contenido del plan de trabajo. Si el propietario o propietarios y el titular del permiso no pueden ponerse de acuerdo sobre la forma en que se llevará a cabo el trabajo, el Inspector Jefe de Minería decidirá y establecerá el plan de trabajo. Al realizar los trabajos de exploración, también se deben seguir otras normas que rigen el área. Éstas pueden ser, por ejemplo, reglamentos locales de conservación de la naturaleza, disposiciones sobre el patrimonio cultural contenidas en el *Cultural Heritage Act* (1988:950) o el *Off-Road Driving Act* (1975:1313).

B) Los permisos de exploración

El capítulo 2º de la norma «*Exploration permits*» se ocupa de los permisos de exploración y en su sección 1ª afirma que el permiso de exploración es válido para un área específica, que no puede exceder de la superficie que el titular del permiso suponga que es capaz de explorar de manera apropiada, y que, además, debe tener una forma adecuada para el fin previsto.

El permiso de exploración debe concederse si hay motivos para suponer que la exploración del área podría llevar al descubrimiento de un mineral.

Sin embargo, no se puede conceder un permiso de exploración a una persona que carezca manifiestamente de la posibilidad o la intención de llevar a cabo una exploración apropiada o a una persona que previamente haya demostrado ser inadecuada para llevar a cabo un trabajo de exploración.

La autorización para realizar actividades de exploración de petróleo, hidrocarburos gaseosos o diamantes sólo podrá concederse a una persona que pueda demostrar que es apta para llevar a cabo dicha exploración (sección 2ª).

Si un área es objeto de diferentes solicitudes de permisos, el solicitante que primero presente su solicitud, será el que se considere con un derecho preferente. Si dos solicitudes se reciben simultáneamente, los solicitantes tendrán los mismos derechos en el área que sea común a ambos (sección 3ª).

El permiso de exploración tiene una vigencia de tres años desde la fecha de su concesión (sección 5ª).

Este período de vigencia puede prorrogarse, a solicitud de su titular, por un plazo no superior a tres años, siempre que se hubiera llevado a cabo una apropiada exploración del área. La misma regla se aplica si el titular del permiso tiene razones aceptables para no haber emprendido la exploración, pero puede demostrar que el área será explorada durante el período cubierto por la solicitud (sección 6ª).

Si el período de duración se ha prorrogado, de acuerdo con la sección 6, debe prorrogarse también el momento de aplicación al titular de un nuevo permiso por un período no superior a cuatro años, si existieran razones especiales.

Posteriormente, el período de validez podrá prorrogarse por un período adicional total no superior a cinco años, si existen razones extraordinarias; por ejemplo, si el titular del permiso demuestra que se ha realizado una labor considerable en la zona y que la realización de nuevas exploraciones probablemente dará lugar al otorgamiento de una concesión de explotación (sección 7ª).

C) Las concesiones de explotación

El capítulo 4º «*Exploitation concessions*» se encarga de regular las concesiones de explotación que son válidas para un área específica, que se determinará en función de lo que proceda, teniendo en cuenta el yacimiento, la finalidad de la concesión y otras circunstancias, tal y como establece la sección 1ª.

Las concesiones deben otorgarse, si se cumplen los requisitos de la sección segunda:

1. Se ha encontrado un yacimiento que probablemente pueda ser utilizado sobre una base económica, y
2. El lugar y la naturaleza del depósito no impiden conceder al solicitante la concesión solicitada.

La solicitud de concesión irá acompañada de una evaluación de impacto ambiental. En lo que respecta al procedimiento, se aplicarán los requisitos relativos a las evaluaciones de impacto ambiental y a los planes y documentos de planificación, contenidos en el Código Medioambiental.

Las concesiones de explotación pueden tener una duración de veinticinco años. No obstante, si el solicitante así lo pide, puede otorgársele la concesión por un período inferior (sección 7ª).

Como establece la sección 8ª, la concesión puede prorrogarse por un período de diez años, si hay operaciones regulares de explotación en curso al expirar el

plazo de validez. Si el titular de la concesión así lo solicita, podrá fijarse un plazo más breve.

Si en el momento de caducidad de la concesión, no hay operaciones regulares de explotación en curso, el período de vigencia puede extenderse por diez años, a solicitud del concesionario, a condición de que se hubieran realizado (sección 10ª):

1. Trabajos preparatorios o de construcción para el inicio de la explotación dentro del área de concesión.
2. Trabajos de exploración a escala significativa dentro del área de concesión, o
3. Trabajos de elaboración de minerales, metalúrgicos u otros trabajos de desarrollo a gran escala con el fin de permitir la explotación del yacimiento.

Si el concesionario así lo solicita, podrá fijarse un plazo inferior a diez años.

El concesionario tiene derecho a recibir, con antelación, de la autoridad competente para examinar las solicitudes información la indicación acerca de si el trabajo de exploración previsto o el trabajo de procesamiento de minerales, metalúrgico u otro trabajo de desarrollo debe considerarse a una escala significativa.

La solicitud de prórroga debe realizarse con al menos 6 meses de antelación a la fecha de finalización del plazo de la concesión (sección 11).

D) Criterios aplicables a todos los permisos

El capítulo 6º de la Ley «***Transfer,*** *relinquishment, revocation and amendment of exploration permits and concessions*» regula cuestiones aplicables tanto a los permisos de exploración como a las concesiones de explotación.

En virtud de la sección 1ª, tanto el permiso de exploración como la concesión de explotación pueden transferirse mediante el permiso de la autoridad competente. El permiso de exploración puede transmitirse, si se cumplen los requisitos establecidos en los párrafos segundo y tercero de la sección 2ª del capítulo 2º. Con respecto a la concesión de explotación, podrá concederse autorización para su transmisión, si se cumplen los requisitos establecidos en el punto 2 del párrafo primero de la sección 2ª del capítulo 4º y si, además, el concesionario puede demostrar que es apto para llevar a cabo la explotación del yacimiento.

Un permiso de exploración o una concesión de explotación pueden revocarse si el titular del permiso o de la concesión no cumple sus obligaciones en virtud de la presente Ley o según lo estipulado en las condiciones adjuntas al permiso o concesión, o si el titular del permiso incumple las condiciones adjuntas al

permiso para el trabajo de exploración, o si existen otras razones excepcionales (sección 3ª).

4. Mining Inspectorate of Sweden

La Inspección Minera de Suecia es una unidad organizativa del Servicio Geológico de Suecia (SGU). Se trata del organismo encargado de las cuestiones relacionadas con los cimientos rocosos, el suelo y las aguas subterráneas suecas. Se estableció como autoridad estatal en 1637.

La Inspección está encabezada por el Inspector Jefe de *Minería (Chief Mining Inspector),* que toma decisiones sobre diversas cuestiones de conformidad con la Ley Minera sueca. Tiene encomendadas las cuestiones relacionadas con los permisos de exploración y los permisos para explotar minerales en concesiones mineras. Ciertamente, es quien emite los permisos de exploración y explotación. También realiza inspecciones de minas y proporciona información sobre legislación minera y de prospección en Suecia.

El capítulo 8º de la Ley «*Authorities responsable for considering applications*» se encarga de regular las tareas principales que tiene encomendadas el *Chief Mining* Inspector; entre ellas, conceder los permisos de exploración y las concesiones de explotación, determinar la *mineral compensation;* resolver las controversias que puedan surgir entre el titular del permiso de exploración o de la concesión de explotación y el propietario o el titular de otros derechos reales concernientes a los derechos y obligaciones del permiso o la concesión.

5. La estrategia minera sueca

A) Consideraciones generales

La estrategia minera sueca, curiosamente titulada «Hacia un uso sostenible de los activos minerales suecos, creando crecimiento para todo el país» *("För ett hållbart nyttjande av Sveriges mineraltillgångar som skapar tillväxt i hela landet")* fue aprobada en febrero de 2013 con el propósito explícito de facilitar la inversión en operaciones mineras en Suecia (Ministerio sueco de Empresa e Innovación).

La estrategia se basa en una visión liberal del mercado sobre la expansión industrial, identificando el papel del Estado como facilitador de los movimientos globales de capital en Suecia y estimulador de la competencia en el mercado. Mientras que el Gobierno enfatiza la necesidad de apoyo estatal indirecto en forma de inversiones en infraestructura, investigación y educación, el Estado es

considerado principalmente como un actor pasivo cuya función más importante es negativa (es decir, le corresponde la eliminación de obstáculos que impiden la circulación de capital y el establecimiento de emprendimientos mineros) (ANSHELM y HAIKOLA, 2016, 509). En términos de la propia Estrategia minera, esto implica acelerar el proceso de aprobación ambiental y abolir los impuestos. Al hacerlo, el Gobierno pretende crear un ambiente propicio para las empresas mineras, para atraer inversiones de todo el mundo. El crecimiento económico, la competencia internacional y una industria extractiva racionalizada e intensificada se identifican como objetivos nacionales en juego para todos los interesados. Hay que advertir, no obstante, que —a pesar de que la estrategia no lo reconoce— algunos actores pueden tener diferentes ambiciones y la política minera puede causar controversia. Por ello, es tan importante la necesidad de diálogo entre los agentes interesados (ANSHELM y HAIKOLA, 2016, 510). Además, debe tenerse en cuenta que el empleo selectivo de imágenes en la estrategia minera es significativo por la forma en que oculta los conflictos de intereses. Es importante destacar que ninguna de las imágenes muestra a las comunidades locales afectadas por los establecimientos mineros. Al ocultar los lugares reales de los que se extraen los minerales, la Estrategia minera privilegia el espacio abstracto sobre el lugar vivido —en la terminología de Henri Lefebvre—, enterrando el potencial de conflictos que está anclado en la materialidad de lugares geográficos específicos en la imaginería reduccionista y altamente abstracta de mapas y diagramas (WATSON, 2001, 81-92).

En la estrategia minera se abordan varias cuestiones a diferentes niveles. Una cuestión central se refiere al ámbito mundial: los precios internacionales relativamente altos de los minerales, así como la demanda internacional de minerales que se espera que continúe creciendo en un futuro próximo, son identificados como oportunidades lucrativas para países como Suecia, que están dotados de riqueza de recursos naturales. Un segundo asunto se refiere simultáneamente a los niveles mundial y regional de la Unión Europea. En este caso, la premisa estrictamente comercial de la extracción de minerales debe combinarse con cuestiones de seguridad de los recursos en la Unión Europea, ya que la competencia de otras partes del mundo se considera —en ocasiones— una amenaza potencial para la viabilidad del crecimiento económico regional. La insaciabilidad de los mercados nacionales en desarrollo, que prometen grandes beneficios de exportación para Suecia, también se interpreta como una amenaza creciente de escasez de recursos en la Unión Europea. En este contexto, la facilitación de las operaciones mineras por el Gobierno de Suecia no se describe como un interés nacional, sino más bien como una responsabilidad regional.

Finalmente, se define la expansión de las operaciones mineras en Suecia como de gran interés para las comunidades locales que actualmente albergan

los recursos naturales a extraer. A medida que se establezcan nuevas minas y se vuelvan a abrir las antiguas, la estrategia afirma que las comunidades pequeñas, ubicadas en su mayoría en zonas escasamente pobladas del norte de Suecia que han experimentado un estancamiento o un desarrollo demográfico negativo durante décadas, recibirán inyecciones masivas de inversión estatal y de capital de inversión mundial, lo que dará lugar al crecimiento económico y al aumento de la población.

La estrategia minera sueca adopta un enfoque integrado para crear condiciones beneficiosas e identificar oportunidades y desafíos para que la industria minera y de minerales pueda crecer de manera sostenible y mantenerse aprovechando las oportunidades que ofrece la fuerte demanda internacional actual de metales y minerales.

Los recursos naturales son vitales para la economía mundial y para una buena calidad de vida. Los minerales y los metales son cruciales para la construcción de la sociedad moderna. El acceso a metales como el hierro, el cobre, la plata y los metales de alta tecnología es una condición previa para la producción de energía moderna y tecnología medioambiental como la energía eólica, las células solares, las bombillas de bajo consumo y los convertidores catalíticos en los automóviles. El crecimiento ecológico sin acceso a materias primas para la tecnología ecológica es inviable.

En la actualidad, existe un enfoque internacional considerable sobre la forma de salvaguardar el acceso a los metales. La cuestión ha salido a la luz como resultado del rápido desarrollo económico de países como China, India y Brasil, donde la mejora constante del bienestar conduce a una necesidad de metales en la sociedad para construir infraestructuras y crear valores materiales. La mayoría de los metales son escasos en la Unión Europea, con una carencia sustancial de níquel, hierro, zinc, plomo y cobre, y una gran dependencia de las importaciones de metales como estaño, cobalto y molibdeno. Se espera que la demanda de metales siga siendo elevada en los próximos diez años, así como a largo plazo.

B) Objetivos, acciones y medidas

La estrategia minera sueca pretende incrementar la competitividad de la minería sueca y de la industria minera con el objetivo de que Suecia mantenga su posición como líder en la Unión Europea. Asimismo, intenta que los minerales suecos sean explotados a largo plazo, teniendo en cuenta la dimensión social, medioambiental y cultural.

En la estrategia minera el Gobierno identifica cinco objetivos estratégicos que se consideran de particular importancia:

1. Una industria minera en armonía con el medio ambiente, los valores culturales y otras actividades empresariales.
2. Diálogo y cooperación para promover la innovación y el crecimiento.
3. Un marco, unas condiciones y unas infraestructuras para la competitividad y el crecimiento.
4. Una industria minera innovadora con un excelente conocimiento de base.
5. Una minería renovada, activa e internacional.

Junto a estos objetivos, se contemplan once acciones con diferentes medidas:

1. Mayor eficiencia de los recursos.
   a) Estudio y análisis del potencial de extracción y reciclaje de los activos suecos, metalúrgicos y minerales *(SGU —Geological Survey of Sweden—* y *EPA —Swedish Environmental Protection Agency—)*. La EPA es la agencia pública sueca responsable de los asuntos medioambientales. La Agencia lleva a cabo tareas en nombre del Gobierno sueco relacionadas con el medio ambiente en Suecia, la Unión Europea e internacionalmente.
   b) Sistema para reportar datos de producción de rocas granulosas (*SGU, EPA*, *Transport Agency y Boverket-Board of Housing Building and Planning*).
2. Mejor diálogo y sinergia con otras industrias.
   a) Manual para la consulta entre las empresas del sector durante los procesos de obtención de permisos.
3. Comunidades mineras con entornos naturales y culturales atractivos.
   a) Desarrollo, recopilación y difusión de ejemplos de cómo el entorno cultural en Bergslagen puede ser utilizado por la minería y la industria turística.
4. Promoción del desarrollo social y el crecimiento regional.
   a) Programa de intercambio de conocimiento y experiencia y coordinación cuando nuevas minas a gran escala están siendo instaladas *(TVV —Agency for Economic and Regional Growth—)*. La Agencia Sueca de Crecimiento económico y regional trabaja para promover más empresas en crecimiento y un sector empresarial sostenible y competitivo en todo el país. Las operaciones de la Agencia incluyen actividades que antes llevaban a cabo Nutek y la Agencia Nacional de Desarrollo Rural, así como las responsabilidades comerciales y de servicio público de la Agencia Sueca del Consumidor.
   b) Manual para los Municipios en los que las minas van a ser instaladas *(TVV* y *EPA)*.
   c) Revisión de los obstáculos evitando un aumento en la producción de viviendas para satisfacer la expansión de la industria minera.

   d) Metodología para la planificación regional del suministro de materiales *(SGU)*.
5. Una distribución más clara de la responsabilidad y un mejor flujo de información entre los agentes de la industria.
   a) Foro Nacional de minerales para promover el diálogo, el conocimiento, el intercambio y la coordinación.
6. Un marco regulatorio más claro y efectivo.
   a) Seguimiento y evaluación de las iniciativas realizadas para acortar el plazo de resolución de los permisos ambientales *(TA —Agency for Growth Policy Analysis—)*. *Growth Policy Analysis* tiene la tarea de analizar las áreas más importantes para el crecimiento. El objetivo general es fortalecer la competitividad sueca y crear las condiciones para la creación de más puestos de trabajo en más empresas en crecimiento en todo el país. *Growth Policy Analysis* trabaja en evaluaciones, análisis y estadísticas desde una amplia perspectiva sueca e internacional.
   b) Plan piloto integral para apoyar a los municipios en su labor de planificación detallada *(Norrbotten CAB)*. La CAB es una agencia gubernamental sueca en cada uno de los condados de Suecia, dirigida por un Gobernador (landshövding) nombrado por el Gobierno para un período de seis años. Las principales responsabilidades de la junta administrativa del condado son coordinar el desarrollo del condado de acuerdo con los objetivos establecidos en la política nacional.
7. Inversión en infraestructuras para el crecimiento de la industria minera.
   a) Usar la experiencia del *Programme for Vehicle Strategic Research and Innovation* para desarrollar sistemas de propulsión eléctrica para los camiones en la carretera.
8. Investigación e innovación para crear crecimiento y competitividad.
   a) Revisión biométrica temática del área de investigación minera y de minerales. Proponer formas mejoradas de cooperación entre empresas del sector y la academia *(Vinnova, VR —Swedish Research Council—)*. El *Swedish Research Council* es una agencia gubernamental que proporciona fondos para la investigación básica de la más alta calidad científica en todos los campos disciplinarios.
   b) Revisión biométrica temática de la minería y del área de investigación minera.
9. Oferta de competencias que satisfaga las necesidades de la industria y de las regiones.
   a) Aumento del conocimiento acerca del papel de la geología en la sociedad y en la industria como lugar de trabajo.

b) Elaboración de por parte de las plataformas regionales de competencias de planes para para satisfacer las necesidades de suministro de cualificaciones a largo plazo.

10. Buena oferta de capital y promoción de la inversión
    a) Análisis del atractivo de Suecia como país minero, desde una perspectiva internacional.
11. Mejor participación en el escenario internacional.
    a) Investigación de las condiciones para establecer una comunicación y una plataforma de marketing para presentar actividades con una mejor internacionalización.
    b) Propuestas acerca de cómo Suecia y las empresas suecas pueden contribuir a una industria minera sostenible en países en desarrollo.
    c) Sondeo a los países para obtener contactos más profundos a nivel gubernamental.

IV. FINLANDIA: DESTINO PREDILECTO DE LA INVERSIÓN MINERA

Finlandia es otro de los principales países mineros de Europa y su industria minera desempeña un papel muy importante, con gran potencial de crecimiento futuro (BLANPAIN, 2010, 166). Finlandia tiene la geología correcta y una larga tradición minera (YOUNGMAN, 1932, 2). La actividad minera en Finlandia se concentra actualmente en torno al oro, los metales del grupo platino, los metales comunes, los diamantes y los minerales industriales (HERLER y MAPERAÄ, 2012, 33).

La encuesta anual 2022 de empresas mineras del Instituto Fraser (*Fraser Institute: Annual Survey mining companies 2022*) refleja que efectivamente Finlandia es uno de los destinos predilectos de inversión europea.

El Instituto Fraser es un Instituto canadiense que tiene como misión medir, estudiar y comunicar el impacto de los mercados competitivos y la intervención gubernamental en el bienestar de los individuos. Desde 1997, el Instituto Fraser realiza estudios anuales de las compañías mineras y de exploración con el objeto de evaluar la forma en que las dotaciones minerales y los factores de política pública, como la fiscalidad y la regulación, afectan a los recursos minerales y a la inversión en exploración. El propósito de estos informes es crear una "libreta de calificaciones" que los gobiernos puedan utilizar para mejorar sus políticas públicas relacionada con la minería para atraer inversiones en su sector minero con el fin de mejorar sus condiciones de vida, la productividad económica y el empleo. Otros sujetos del sector minero, del sector de la inversión y los medios de comunicación también pueden considerar que la encuesta resulta útil para

evaluar posibles decisiones de inversión, o para evaluar diversos factores de riesgo en las jurisdicciones de interés

El último Informe «*Annual Survey Mining Companies 2022*», publicado en febrero de 2023, presenta los resultados de la encuesta anual del Instituto Fraser acerca de las compañías mineras y de exploración.

La encuesta evalúa cómo las dotaciones mineras y los factores propios de la política (tales como los impuestos y la incertidumbre regulatoria) afectan a la inversión en exploración.

La encuesta se distribuyó electrónicamente a aproximadamente 1966 personas entre el 23 de agosto y el 30 de diciembre de 2022. Las respuestas se han contabilizado para clasificar provincias, regiones y países de acuerdo con los factores de políticas públicas que fomentan o desalientan la inversión minera.

En el último año se evaluaron en total 62 jurisdicciones mientras que en los años anteriores las jurisdicciones evaluadas fueron 84 en 2021, 76 en 2019 y 83 en 2018. Como puede deducirse, el número de jurisdicciones tiende a aumentar o a disminuir, a medida que el sector de la minería crece o se reduce debido a los precios de los productos básicos y a factores sectoriales.

Este año, solo España y Finlandia recibieron suficientes respuestas para ser incluidos en el informe. La puntuación media de atractivo para la inversión en Europa aumentó en 4,25 puntos este año en comparación con los resultados de 2021. Este año, Finlandia disminuyó su puntuación en 12 puntos y cayó del puesto 13 (de 84) al puesto 29 en el Índice de Atractivo para la Inversión. Por otro lado, España aumentó su puntuación en 39 puntos y subió del puesto 83 (de 84) al puesto 26 de 62 en el Índice de Atractivo para la Inversión.

El índice de atractivo inversor global combina el índice *best practices mineral potential*, que califica a las regiones según su atractivo geológico, y el *Policy Perception Index* (Índice de Percepción de Políticas públicas), un índice que mide los efectos de la política gubernamental sobre las actitudes hacia la inversión en exploración. Mientras que resulta útil medir el atractivo de una jurisdicción basándose en factores políticos tales como la regulación, la calidad de las infraestructuras, así como las demás cuestiones relacionadas con la política, el índice de percepción de políticas públicas por sí solo no reconoce el hecho de que las inversiones a menudo se basan en el potencial minero puro de una jurisdicción. De hecho, los encuestados indican sistemáticamente que mientras que el 40 por ciento de su decisión de inversión está determinado por factores políticos, el 60 por ciento se basa en la evaluación del potencial minero de una jurisdicción. Para tener una idea realista de qué jurisdicciones globales están atrayendo inversiones en el sector minero deben considerarse el potencial mineral y la percepción de las políticas.

Este año, como en anteriores, el índice fue ponderado, 40 por ciento a favor de la preponderancia de la política y 60 por ciento, del potencial minero.

Estas proporciones se determinan a partir de una pregunta de la encuesta que pide a los encuestados que califiquen la importancia relativa de cada factor. Casi todos los años, la división es casi exactamente 60 por ciento a favor del potencial minero y 40 por ciento a favor de la política. Este año, la respuesta fue 58.06 por ciento a favor del potencial minero y 41.94 por ciento a favor de la política. Se mantiene pues la relación 60/40 en el cálculo de este índice para permitir la comparación con otros años anteriores. Así puede consultarse en la página 8 del Informe del Instituto Fraser «Survey of Mining Companies 2022», elaborado por J. MEJÍA y E. ALIAKBARI y publicado en el mes de mayo de 2023.

El *Policy Perception Index* (PPI), es un índice compuesto que mide el atractivo político general de las 62 jurisdicciones que son consideradas por la encuesta. El índice está compuesto por las respuestas de la encuesta a los factores políticos que afectan a las decisiones de inversión.

Los factores políticos examinados incluyen la incertidumbre en cuanto a la administración de las regulaciones actuales, las regulaciones medioambientales, la duplicación normativa, el sistema jurídico y el régimen fiscal, la incertidumbre en relación con las áreas protegidas y los reclamos de tierras en disputa, las infraestructuras, los aspectos socioeconómicos y comunitarios, las condiciones de desarrollo, las barreras comerciales, la estabilidad política, las regulaciones laborales, la calidad de la infraestructura geológica, las bases de datos, la seguridad y disponibilidad de mano de obra y sus habilidades.

V. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA MINERÍA EN FINLANDIA

1. Mining act 621/2011

A) Características generales

La Ley minera finlandesa es el *Mining Act —Laki kaivoslaista—* (621/2011), de 10 de junio de 2011, que entró en vigor el 1 de julio de 2011. Esta Ley minera tiene en cuenta otras leyes aplicables a las actividades de exploración y explotación minera; entre ellas, el *Nature Conservation Act*, el *Environmental Protection Act,* el *Act on the Protection of Wilderness Reserves*, el Land Use and Building Act, Water Act, Reindeer Husbandry Act, Radiation Act, Nuclear Energy Act, Antiquities Act, Off-Road Traffic Act, Dam Safety Act y el Occupational Safety and Health Act.

Además, se han aprobado varios Decretos desarrollando la Ley minera, tales como el Mining Decree, el government Decree on Mine Safety y el Decree of

the Ministry of Employment and the Economy on Hosting Equipment in Mines. Todas estas normas se aplican a nivel nacional (HOJEM, 2015, 70).

En este punto conviene mencionar que el Gobierno finlandés aprobó en febrero de 2023 una revisión de su legislación minera para proteger mejor el medio ambiente y salvaguardar la producción nacional de minerales en un momento de creciente demanda.

Finlandia se perfila como un centro clave de extracción y transformación de metales para baterías, con más de 6.400 millones de euros (6.400 millones de dólares) en inversiones ya previstas.

El proyecto de ley plantea, entre otras cuestiones, las siguientes:

— Mayor control a los residentes locales en la concesión de permisos de nuevas áreas mineras.
— Aumento de la sostenibilidad en la industria.
— Regulación más estricta y tarifas más altas, que ayuden a eliminar a compañías poco fiables y que beneficien a aquellas que cumplen las reglas.

B) Objetivos de la ley

El objetivo de esta ley aparece mencionado en la sección 1ª de la norma: promover la minería y organizar el uso de las áreas requeridas para ello, y la exploración, de manera social, económica y ecológicamente sostenible. Para poder cumplir con el propósito de la Ley, se requiere el aseguramiento de la seguridad pública y privada, con especial atención a:

1) las condiciones previas para la explotación minera;
2) el estatuto jurídico de los propietarios y los particulares perjudicados;
3) los impactos de las actividades sobre el medio ambiente y el uso de la tierra, y el uso económico de los recursos naturales.

Otro propósito de la ley es asegurar que los Municipios tengan la posibilidad de influir en el proceso de toma de decisiones, así como garantizar que los ciudadanos tengan oportunidades para influir en las decisiones que afecten tanto a ellos como a su entorno vital.

Además, la Ley pretende promover la seguridad de las minas y prevenir, disminuir, y evitar cualquier inconveniente y daño causado por las actividades mencionadas en esta Ley, y garantizar la responsabilidad por los daños y perjuicios de la parte causante.

Las actividades a que se refiere la presente Ley deben ser adaptadas en el territorio Sami, aludiendo a la Ley *Act on the Sami Parliament* (974/1995), con el fin de garantizar los derechos de los Sami como pueblo indígena. Esta adaptación ha de prestar la debida atención a las disposiciones de la Ley *Skolt* (kolttalaki

253/1995) sobre la promoción de las condiciones de vida de la población de Skolt y el área de Skolt, sus oportunidades para ganarse la vida, y la preservación y promoción de la cultura Skolt.

C) Principios generales

Los principios generales, que deben respetarse en toda actividad a la que se refiere la Ley, se mencionan en la sección 6ª de la norma y son:

1) que los conocimientos técnicos necesarios en materia de la calidad y el alcance de la actividad, y los recursos suficientes para todas las demás condiciones previas estén disponibles;
2) que prevalezca una claridad suficiente en lo que se refiere a los impactos de la actividad y de las posibilidades de prevenir y reducir daños e impactos perjudiciales;
3) que se adopten las medidas necesarias para garantizar la seguridad de las actividades y que el desarrollo tecnológico se tome en cuenta en este contexto;
4) en la medida de lo posible:
   a) prevenir daños y perjuicios causados por la actividad;
   b) eliminar las operaciones que causen daños y perjuicios o, en caso de que esto no sea posible, reemplazarlas por otras menos perjudiciales;
   c) prepararse para las perturbaciones y situaciones peligrosas;
5) compensar cualquier inconveniente o daño causado por la actividad.

2. The Environmental Protection Act

La Ley de protección medioambiental finlandesa es la Ley 86/2000.

Sus objetivos están señalados en la sección 1ª y son:

1) prevenir la contaminación del medio ambiente y reparar y reducir la contaminación medioambiental y los daños causados por dicha contaminación.
2) salvaguardar una vida sana, agradable y ecológicamente diversa y un medio ambiente sostenible;
3) prevenir la generación y los efectos nocivos de los residuos;
4) mejorar e integrar la evaluación del impacto de las actividades que pueden contaminar el medio ambiente;
5) mejorar las posibilidades de los ciudadanos de influir en las decisiones relativas al medio ambiente;
6) promover el uso sostenible de los recursos naturales; y

7) luchar contra el cambio climático y apoyar el desarrollo sostenible.

La presente Ley se aplica a todas las actividades que conducen o pueden conducir a la contaminación medioambiental. También se aplica a las actividades que generan residuos y a la eliminación de los mismos (sección 2ª).

En virtud de la sección 45, es necesaria una evaluación ambiental para llevar a cabo la explotación minera o cualquier otra actividad comparable.

La autorización ambiental debe incluir también un plan de residuos extractivos relativo a la actividad, así como las condiciones que regulan su utilización para poder dar cumplimiento al plan.

La exigencia de este plan se reitera en la sección 103, que afirma que se debe elaborar un plan de gestión de residuos extractivos para cualquier actividad minera sujeta a un permiso ambiental, o para cualquier actividad preparatoria de tal explotación minera o una actividad comparable, o para una planta de concentración, cantera de piedra, trituración de rocas o producción de turba que generan residuos extractivos.

No obstante, dicho plan de gestión de residuos no es obligatorio cuando una explotación de cantera o la trituración de rocas está relacionada con los movimientos de tierras y la construcción hidráulica.

3. Los permisos mineros

A) Clases de permisos

La Ley minera finlandesa distingue tres tipos de permisos: de exploración (secciones 7 a 15), de explotación (secciones 16 a 21) y de paneo de oro (secciones 22 a 30).

B) Los permisos de exploración

a) La exploración minera: tareas de prospección

El capítulo 2º de la Ley se ocupa de la exploración, señalando en su art. 7 que, con el fin de encontrar minerales, todos tienen el derecho, incluso en tierra de otro, a hacer mediciones geológicas y realizar observaciones y tomar muestras menores, siempre que esto no cause ningún daño, inconveniente mayor o perturbación (trabajos de prospección). La sección 5ª de la Ley contiene las definiciones y explica que la exploración se refiere a las investigaciones geológicas, geofísicas y geoquímicas y al muestreo utilizado en la localización y exploración de un yacimiento que contiene recursos mineros, con el fin de analizar los minerales, el tamaño y la calidad del depósito.

No deben realizarse trabajos de prospección en el suelo:

1) en un cementerio al que se refiere el *Funerary Services Act* (hautaustoimilaki 457/2003), ni en un área perteneciente a una tumba privada, o a 50 metros de estos;
2) en un área utilizada por las fuerzas de seguridad, o cualquier área controlada por la Guardia de Fronteras donde se restrinja o prohíba el movimiento, o a menos de 100 metros de dicha zona;
3) en una zona en la que se restrinjan los movimientos o el acceso esté denegado a extraños;
4) en una ruta de tráfico o paso de uso público;
5) a menos de 150 metros de un edificio previsto para uso doméstico o laboral, o espacio comparable, y cualquier patio privado adyacente, o el lugar para tal edificio, si se requiere un permiso para la edificación al que se refiere la Ley de uso de suelo y edificación; éste ha sido otorgado para ello y ha comenzado la construcción;
6) en una zona de uso hortícola;
7) a 50 metros de un edificio público o bien una línea eléctrica con un voltaje de más de 35.000 voltios o una estación transformadora;
8) en cualquier otra área, correspondiente a aquellas en los puntos 1-7, destinados a usos especiales.

No obstante, los trabajos de prospección podrán llevarse a cabo en una de las zonas mencionadas anteriormente, en los apartados 2 a 8 con el consentimiento de la autoridad o institución competente en la materia, o la del titular de los derechos humanos.

La sección 8ª continúa señalando que el responsable del trabajo de prospección, antes de comenzar el muestreo al que se refiere la sección 7, presentará la notificación al propietario y poseedor de bienes inmuebles en la zona donde se desarrollarán los trabajos de prospección (zona de prospección), cuyos derechos o ventajas pueden verse implicados.

La notificación debe incluir información de contacto del responsable del trabajo de prospección, información sobre el área de prospección, y un plan con respecto al muestreo. El plan debe incluir información sobre el equipo y los métodos a utilizar, el programa de muestreo y el objetivo mineral minero.

b) El permiso de exploración

La exploración está sujeta a un permiso concedido por la autoridad minera (*exploration permit*, permiso de exploración), si la exploración no puede llevarse a cabo como trabajos de prospección de acuerdo con la sección 7ª, o el dueño de la propiedad no ha prestado su consentimiento.

También se requiere un permiso de exploración si:

1) la exploración puede causar cualquier daño a la salud de las personas o la seguridad general, daños a otras actividades industriales y comerciales, o cualquier deterioro en el valor relacionado con los valores de protección del paisaje o de la naturaleza;
2) la exploración está dirigida a localizar y explorar un yacimiento que contiene uranio o torio;
3) el permiso es necesario para obtener un privilegio, como se describe en esta Ley, para explotar el yacimiento.

Por lo que se refiere a las restricciones de las zonas de exploración, las disposiciones establecidas con respecto a éstos en la sección 7, apartados 2 y 3, deberán aplicarse en consecuencia.

Por otra parte, el consentimiento de la autoridad o la institución competente en la materia, o la del titular de los derechos, es necesaria para la exploración siempre que el área en cuestión sea una zona de la calle o un mercado al que se hace referencia en el *Land Use and Building Act*, un área de carretera a la que se refiere el *Highways Act* (503/2005), un aeropuerto u otra zona en uso de la aviación contemplado en el *Aviation Act* (1194/2009), una zona ferroviaria a la que se hace referencia en el *Railways Act* (ratalaki 110/2007), un canal utilizado para el tráfico público u otra zona de tráfico similar, o un área dentro de los 30 metros de cualquiera de las zonas de tráfico antes mencionadas, a menos que existan disposiciones relativas a una zona de exclusión más amplia de conformidad con la Ley pertinente.

En virtud de la sección 14ª, el titular del permiso de exploración ha de presentar un informe a la autoridad minera, sobre un informe anual de las actividades de exploración realizadas y sus resultados.

c) Efectos del permiso de exploración

Tal y como establece la sección 10ª de la norma, de conformidad con el permiso de exploración, el titular del mismo tiene derecho, en sus propias tierras y en las pertenecientes a otro propietario, en la zona a que se hace referencia en el permiso (área de exploración), a explorar las estructuras y la composición de formaciones geológicas y a realizar otras exploraciones con el fin de prepararse para la actividad minera, así como otras exploraciones para localizar un yacimiento y para investigar su calidad, extensión, y grado de explotación, tal como se establece con más detalles en el permiso de exploración.

El titular del permiso de exploración podrá construir o transferir al área de exploración, construcciones y equipos provisionales necesarios para la actividad de exploración, según se especifica en el permiso de exploración.

Un permiso de exploración no autoriza la explotación del yacimiento.

El permiso de exploración no limita el derecho del propietario de la propiedad a usar el área o a gestionarla, a menos que se disponga lo contrario en los párrafos anteriores.

d) Medidas a adoptar tras la finalización del permiso

La sección 15ª de la Ley se ocupa de las medidas que han de adoptarse por el titular una vez que un permiso de exploración haya caducado o haya sido cancelado:

1) restaurar inmediatamente el área de exploración a las condiciones requeridas por la seguridad pública, quitar las construcciones temporales y los equipos, atender a la rehabilitación de la zona, y restaurar el área, lo posible, a su estado original;
2) en el plazo de seis meses, suministrar a la autoridad minera un informe del trabajo de exploración, el material informativo relacionado con la exploración, y un conjunto representativo del núcleo de muestras.

El titular del permiso de exploración presentará una notificación por escrito a la autoridad minera, a los propietarios de las propiedades incluidas en el área de exploración, y a los otros titulares de derechos, comunicando el cumplimiento de las medidas referidas en el párrafo anterior.

Además, la notificación se presentará al Parlamento Sami en el pueblo sami, a las asociaciones locales de propietarios de renos en una zona especial de pastoreo, y/o a la reunión del pueblo de Skolt en el área de Skolt, según sea relevante.

Las disposiciones previstas en los apartados 1 y 2 no se aplicarán a las superficies para las que el titular del permiso de exploración hubiera solicitado una ampliación de la validez del permiso de exploración o del permiso de explotación en la forma prevista en la sección 34. Si la solicitud de un permiso se rechaza total o parcialmente, el titular del mismo cumplirá los requisitos y obligaciones a los que se refieren los apartados 1-3, en un plazo no superior a seis meses después de la entrada en vigor de la decisión relativa a la desestimación de la solicitud.

Otras disposiciones sobre las medidas a adoptar para un área de exploración y el procedimiento de notificación podrán acordarse mediante decreto del gobierno.

D) Los permisos de explotación

a) La explotación minera

La actividad minera es entendida como la excavación de minerales en una mina, la transferencia y el levantamiento de áridos y cualquier otro procesamiento de los minerales, realizado inmediatamente en conexión con la excavación necesaria para la explotación de recursos mineros, junto con las medidas preparatorias y otras medidas de apoyo relacionadas inmediatamente con la excavación de minerales. El desarrollo de esta actividad está sujeta a un permiso *(mining permit)* (sección 16ª).

a) Efectos del permiso de explotación

En virtud de la sección 17ª de la Ley, la explotación de una mina está sujeta al denominado *mining permit*. Este permiso minero autoriza al titular a explotar:

1) los minerales encontrados en el área minera;
2) los materiales superficiales orgánicos e inorgánicos, el exceso de roca y los relaves generados como el subproducto de las actividades mineras (subproducto de la actividad minera);
3) otros materiales pertenecientes al lecho de roca y al suelo de la zona minera, en la medida en que su uso sea necesario para los fines de la presente Directiva.

Además, el permiso de explotación concede el derecho a su titular para realizar la exploración dentro de la zona minera, de conformidad con las disposiciones de la sección 11, y las condiciones más específicas precisadas en el permiso de minería.

b) Obligaciones de los titulares de permisos de explotación

El titular del permiso minero está obligado a asegurar que:

1) las actividades mineras no causen daños a la salud de las personas ni pongan en peligro la seguridad pública;
2) las actividades mineras no causen daños significativos a los intereses públicos o privados, ni, en relación con los costes globales de las operaciones mineras, infracciones razonablemente evitables de intereses públicos o privados;
3) la excavación y explotación no impliquen un desperdicio evidente de recursos mineros;
4) los posibles usos futuros y trabajos de excavación en la mina y el depósito no estén en peligro de extinción.

El titular del permiso minero está obligado a presentar un informe anual a la autoridad minera sobre el alcance y los resultados de la explotación del yacimiento e informar sobre cualquier cambio esencial en los recursos minerales.

Otras previsiones relacionadas con la información que se ha de facilitar a la autoridad minera pueden ser impuestas por decreto del gobierno.

D) Los permisos de paneo de oro (gold panning)

a) Paneo de oro sujeto a permiso

La sección 5ª, dentro de las definiciones, precisa que el *gold panning* es la exploración, recuperación y explotación del oro.

El paneo de oro es el proceso de extracción de oro de los depósitos de yacimientos de oro. Para los buscadores de oro, los prospectores y los mineros esta

técnica es uno de los métodos más baratos y más simples para conseguir el oro fuera de la tierra. Hoy en día se utiliza principalmente para la minería de oro recreativa. Tal y como afirma la sección 22ª, el paneo de oro en un área propiedad del Estado está sujeto a un permiso de la autoridad minera (*gold panning permit*).

b) Efectos del permiso

En virtud de la sección 23ª, el *gold panning permit* habilita a su titular para disfrutar de los siguientes derechos dentro del área especificada por el permiso:

1. Prospección del oro depositado en el suelo.
2. Recuperar y explotar el oro depositado en el suelo mediante el paneo;
3. Recuperar y explotar pepitas de platino y piedras preciosas, encontradas en suelos sueltos como subproductos.

El permiso no limita el derecho del propietario de usar su propiedad o a administrarla, a menos que se disponga otra cosa.

La zona comprendida en el permiso debe abarcar como máximo un área de cinco hectáreas.

c) Obligaciones del titular de un permiso de paneo de oro

Señala la sección 24ª de la norma que el permiso se limita a las medidas necesarias para dar cumplimiento a los derechos mencionados en la sección 23ª.

Las actividades comprendidas en el permiso no deben causar ningún inconveniente o daño, tal y como se describe en la sección 11ª ni inconvenientes ni daños en las zonas cercanas o a edificios con valor histórico o cultural.

d) Medidas a adoptar tras la finalización del permiso

En virtud de la sección 29ª, una vez que haya caducado el permiso o haya sido cancelado, el titular deberá restaurar inmediatamente el área de cobertura a las condiciones exigidas por la seguridad pública; quitar cualquier construcción o equipamiento; mantener la limpieza de la zona y devolver el área a su estado natural y a condiciones satisfactorias por lo que se refiere al paisaje.

El titular debe realizar una comunicación escrita a la autoridad minera y a la institución responsable de la gestión del área, tan pronto como las medidas se hubieran completado. En todo caso la notificación debe realizarse en el plazo máximo de un año desde la cancelación o expiración del permiso.

El gobierno mediante decreto puede establecer otras medidas a adoptar tras la finalización del permiso.

E) Condiciones aplicables a todos los permisos

a) Solicitud

Los sujetos que pueden solicitar un permiso son:

1. Personas físicas mayores de edad no declaradas en concurso y cuya capacidad no haya sido limitada en virtud del *Guardianship Services Act* (442/1999).
2. Personas jurídicas.

Por otro lado, de acuerdo con las condiciones establecidas en la Ley, una institución gubernamental puede solicitar un permiso de exploración.

b) Orden de prioridad

La sección 32ª de la Ley indica que el sujeto que primero presenta la solicitud de un permiso, de acuerdo con los requisitos de la sección 34ª, es quien tiene la prioridad. La sección 34ª enumera todos los extremos que debe contener la solicitud. No obstante, si una persona solicita un permiso de explotación con respecto a otro ubicado dentro de un área de exploración, el titular del permiso de exploración tendrá prioridad frente al permiso de explotación, si el titular del permiso de exploración presenta una solicitud de permiso de explotación, de acuerdo con las condiciones de la sección 34ª, antes del vencimiento o de la cancelación del permiso de exploración.

c) Plazo de vigencia

— Permiso de exploración

El permiso de exploración tiene una vigencia máxima de 4 años a partir de su fecha de concesión (sección 60ª). A la hora de decidir su duración, la autoridad minera debe prestar especial atención al tiempo necesario para llevar a cabo el plan de exploración y a las limitaciones de cualquier daño o inconveniente causado a los intereses públicos o privados.

La duración del permiso de exploración puede prorrogarse cada 3 años, con un máximo de 15 años. Los requisitos para la extensión de la validez del permiso de exploración son:

a) La exploración ha sido efectiva y sistemática.
b) Es necesario seguir investigando para establecer las posibilidades de explotar el depósito.
c) El titular del permiso ha cumplido con las obligaciones establecidas en la presente Ley.
d) La extensión de la validez no causará ninguna carga indebida para los intereses públicos o privados.

— Permiso de explotación

El permiso de explotación puede continuar siendo válido hasta que se realice una nueva notificación. En ocasiones, puede concedérsele un período de vigencia, si así se justifica por la calidad del depósito, la capacidad de cumplir las condiciones necesarias para garantizar el inicio de las actividades mineras, y otros factores que hubieran surgido durante la tramitación de la solicitud. El plazo fijo que puede establecerse es como máximo de diez años.

La autoridad competente en materia de permisos revisará el permiso de explotación en el plazo máximo de 10 años. La autoridad minera debe incluir el plazo de revisión del permiso. Con el fin de asegurar los intereses públicos o privados esenciales, o por alguna otra razón especial, puede establecerse que los permisos se revisen con regularidad.

La revisión de los permisos no puede disminuir los beneficios del proyecto minero.

El permiso de explotación puede prorrogarse por otro período hasta nueva notificación o por un máximo de 10 años, en el caso en que sea necesario para la explotación del depósito y considerando otros factores que hubieran surgido en conexión con la solicitud.

Los requisitos para extender la validez del permiso de explotación son:

a) El yacimiento ha sido explotado efectiva y sistemáticamente.
b) El yacimiento continúa siendo susceptible de explotación en términos de tamaño, contenido de minerales y características técnicas.
c) El titular no ha materialmente violado las obligaciones establecidas en la presente Ley.

— Permiso de paneo de oro

El permiso de paneo de oro tiene una duración máxima de 3 años (sección 65ª). Los requisitos para extender la validez de este permiso son:

a) El paneo ha sido efectivo y sistemático.
b) El área contiene tal abundancia de oro que los requisitos previos son evidentes.
c) Se han cumplido las obligaciones establecidas en la Ley.
d) La extensión de la validez no debe suponer una carga indebida para los intereses públicos o privados.

En todo caso, para ampliar la validez de un permiso de exploración, de explotación o de paneo de oro, es necesario realizar una solicitud a la autoridad minera, con anterioridad a la expiración del permiso, junto con los informes necesarios para analizar el cumplimiento de los requisitos establecidos en las secciones 61, 63 y 64 (sección 66).

La autoridad minera puede decidir que el permiso de exploración o de paneo de oro finalice antes de tiempo si las operaciones se han interrumpido durante más de 1 año por una causa imputable al titular del permiso. Este proceso puede ser iniciado por la autoridad minera por iniciativa propia, la autoridad local, o un sujeto que sufra daños (sección 67).

Asimismo, puede acordar que el permiso de explotación expire si el titular, dentro del plazo especificado en el permiso, no ha iniciado ninguna actividad minera ni trabajo preparatorio que demuestre que tiene como objetivo serio la explotación minera propiamente dicha.

La autoridad competente en materia de permisos también puede decidir que el permiso expire si las actividades mineras han sido interrumpidas de forma continuada durante un mínimo de cinco años, por causa imputable al titular o si las actividades mineras se consideran acabadas.

El asunto puede ser planteado por la autoridad competente en materia de permisos por su propia iniciativa, por la autoridad local, o por un sujeto que sufra daños.

Sin embargo, la autoridad minera puede posponer la expiración del permiso como máximo en dos ocasiones y especificando una nueva fecha para comenzar la actividad o para continuar las operaciones. La expiración del permiso puede posponerse por un período máximo de 10 años. El titular deberá formular una solicitud a la autoridad que haya concedido el permiso, con anterioridad a la finalización del mismo, detallando el plan para comenzar o continuar la actividad minera. Condición previa para la aprobación de la solicitud es que el motivo alegado por el demandante se considerare justificado y el plan suficientemente detallado, y que la decisión no cause molestias indebidas a los intereses públicos o privados (sección 68).

4. Finnish Safety and Chemicals Agency (tukes)

El organismo gubernamental más importante para la industria minera finlandesa es TUKES (Autoridad de Seguridad en la Industria y el Comercio de Finlandia), que actúa como autoridad minera. TUKES es responsable de otorgar permisos y supervisar y hacer cumplir la Ley de minas. Las decisiones de TUKES pueden ser apeladas ante los juzgados y tribunales administrativos y posteriormente ante el Tribunal Supremo Administrativo.

El Ministerio de Trabajo y Economía es responsable de la orientación general, el seguimiento y el desarrollo de las actividades previstas en la Ley de minería (SKOGSTRÖM y HOLOPAINEN, 2017).

5. La Estrategia minera finlandesa

La estrategia minera finlandesa contiene cuatro objetivos y doce acciones para su consecución. Los objetivos y las acciones propuestas por la estrategia aparecen recogidas en la página 17 de la *Finland´s Minerals Strategy*:

a) Primer objetivo: reforzar la política de minerales
    1. Reconocimiento por parte del Gobierno finlandés de la importancia, el potencial crecimiento y los riesgos inherentes al sector minero e inclusión activa en los programas de políticas gubernamentales y en la

agenda política parlamentaria. Los objetivos de la política de los minerales han de estar claramente definidos para conseguir un entorno operativo estable y competitivo para el sector. El Ministerio de Trabajo y Economía refuerza su papel como facilitador clave para el sector de los minerales. Se nombra un grupo de trabajo de expertos en desarrollar alternativas políticas y supervisar la aplicación de los objetivos (TEM).

2. Asunción por Finlandia de un papel visible en la realización de los objetivos de la Iniciativa de la Unión Europea sobre Materias Primas y en el establecimiento de una política de minerales en cooperación con Suecia y otras industrias mineras de otros países comunitarios. Se da prioridad a la utilización de recursos minerales en la zona de la Unión Europea. Un enfoque adicional se centra en promover el buen gobierno y las infraestructuras relacionadas con la utilización de los recursos minerales de los países en desarrollo.
3. Mejora de las oportunidades de financiación del sector minero y aumentar la propiedad finlandesa. Los inversores institucionales y el gobierno tienen un papel clave en esta área a través del apoyo público continuo a las inversiones en infraestructuras y mediante la concesión de préstamos y garantías de préstamos para inversiones mineras. (TEM, Finnvera plc, Finnish Industry Investment Ltd, inversores, instituciones financieras).
4. Investigación del potencial de utilización de incentivos fiscales para promover la exploración de recursos naturales y el uso eficiente de recursos. Establecer si la propiedad estatal es apropiada y beneficiosa para una utilización sostenible y eficiente de recursos minerales. (VNK, VM, TEM).

b) Segundo objetivo: asegurar el suministro de materias primas
   1. Recopilación, interpretación y distribución de diversos estudios geocientíficos, con la finalidad de mejorar aún más los datos medioambientales, promover la utilización sostenible de los recursos minerales y mantener su seguridad de suministro.
   2. Reducción significativa de los tiempos de tramitación de permisos y concesión de permisos. Ello debe lograrse mediante una mejor cooperación entre las diferentes autoridades y mediante la organización de audiencias conjuntas en el caso de recursos contra las solicitudes.
   3. Suministro y utilización sostenible de los recursos minerales que se consideran parte integrante de la ordenación territorial. Asegurar el suministro adecuado de elementos a los centros urbanos en expansión debería ser un área prioritaria en las tierras de los gobiernos regionales y locales a utilizar en los procesos de planificación. Los

impedimentos para el reciclaje de áridos se eliminan mediante el desarrollo de incentivos para el reciclado y la reutilización, y a través de soluciones logísticas relacionadas con la gestión de las existencias, los índices de consumo y la designación de sitios de almacenamiento intermedio que sirven a varios municipios.

c) Tercer objetivo: Reducir el impacto ambiental de los minerales del sector y aumentar su productividad
   1. Mejora del material y la eficiencia energética de las máquinas, los equipamientos y las tecnologías de procesamiento dentro del sector minero. Los incentivos son creados para el reciclaje y la reutilización de materiales de desecho almacenados, productos minerales y materiales de tierra asociados con las industrias de la construcción. También ha de fomentarse la presentación de un premio anual a la excelencia y el logro de la eficiencia de los recursos.
   2. Promoción del negocio de la economía verde a través de la cooperación entre el sector de las pequeñas y medianas empresas y los institutos de investigación mediante la combinación en todo el sector minero, de una amplia experiencia de
   3. competencias en gestión de riesgos, planificación territorial y buena gobernanza.
   4. Establecimiento de mecanismos que promuevan la cooperación entre los residentes locales, las empresas y las autoridades reguladoras para garantizar el bienestar sostenible de las personas y las comunidades durante todo el ciclo de vida de la actividad minera.

d) Cuarto objetivo: Fortalecimiento de las operaciones y la experiencia en I+D
   1. Establecimiento de un programa de investigación con financiación finlandesa de la *Agency for Technology and Innovation* (Tekes), cuyo objetivo es desarrollar soluciones, productos y servicios innovadores en todos los sectores de la cadena de utilización del mineral.
   2. Presupuesto del sector minero en las Administraciones educativas con planificación a largo plazo, y enfatización de la importancia de los metales, minerales y materiales rocosos en la vida cotidiana como parte de la educación ambiental en diferentes niveles educativos. En cuanto a la enseñanza, se aconseja reforzar los recursos en formación e investigación universitarias; garantizar la financiación para la investigación líder en el ámbito internacional, en los campos seleccionados y elaborar programas de formación especializada en universidades de ciencias aplicadas y escuelas técnicas de comercio estructuradas para satisfacer las necesidades futuras.

VI. CONCLUSIONES

Como ha podido observarse, Suecia y Finlandia tienen gran relevancia en el ámbito minero europeo.

En el caso de Suecia, su importancia radica en ser uno de los principales productores de minerales y metales de la Unión Europea.

Por su parte, el interés y análisis de Finlandia viene justificado por el hecho de haber obtenido un puesto aventajado (posición 29 de 84) en el último ranking elaborado por el Instituto Fraser, que tiene en cuenta el *investment attractiveness index* o índice de atractivo inversor y el primer país europeo (con una puntuación de 84,37) en el ranking, que tiene en cuenta el índice de percepción de políticas públicas. En este contexto cabe señalar que los resultados de Suecia en esta encuesta son ciertamente positivos: ocupa el vigesimonoveno lugar (con una puntuación de 66,75) en el ranking que tiene en cuenta el *investment attractiveness index* o índice de atractivo inversor y el decimosexto lugar mundial en el ranking, que tiene en cuenta el índice de percepción de políticas públicas.

En cuanto a Suecia, cabe señalar que el fuerte aumento de los precios de los minerales en el siglo XXI ha impulsado la rápida expansión de las actividades mineras suecas, actualmente una de las economías mineras más grande de la Unión Europea. Ha logrado convertirse en el principal productor de hierro y de plomo. Los cuatro distritos mineros de Suecia producen el 92% del hierro; el 33% del oro; el 32% del plomo; el 26% del zinc; el 18% de la plata y el 10% del cobre de la Unión Europea.

En 2011 el número de solicitudes de permisos de exploración alcanzó un máximo histórico, acercándose a las 600, más del doble del número registrado en 2004, que apenas llegaba a las 300. La señal más evidente del creciente interés por los minerales suecos fue el aumento de los gastos de prospección, una cifra que alcanzó un máximo histórico de casi 800 millones de coronas suecas en 2011, más de cuatro veces la cantidad registrada en 2002, que era inferior a los 200 millones de coronas suecas. La preocupación por la escasez de recursos en la Unión Europea ha subrayado el papel potencialmente crucial de Suecia como fuente fiable de minerales metálicos en la región.

Según los datos del *SGU —Geological Survey of Sweden—*, en el año 2020 había hasta 30 minas de metal en Suecia. Para 2030, Suecia podría contar con 50 minas en funcionamiento. Este pronóstico se basa en evaluaciones de la capacidad minera en proyectos que se han concedido o han solicitado un permiso de procesamiento y donde se están realizando esfuerzos activos para implementar los proyectos. Las previsiones permiten supone que todos estos proyectos se convertirán en minas operativas.

Por otro lado, Finlandia es uno de los principales países mineros de Europa y su industria minera desempeña un papel muy importante, con gran potencial de crecimiento futuro.

La encuesta anual 2022 de empresas mineras del Instituto Fraser (*Fraser Institute: Survey mining companies 2022*) refleja que efectivamente Finlandia es uno de los destinos predilectos de inversión europea.

La principal jurisdicción europea para la inversión basada en el índice de atractivo de inversión es Finlandia. A pesar de ello, cabe señalar que en términos de política solamente, Finlandia experimentó una disminución de 4.5 puntos en su puntuación del Índice de Percepción de la Política (PPI, por sus siglas en inglés) y ocupa el puesto 16 (de 62) en términos de política solamente. Los inversores expresaron mayores preocupaciones sobre la disponibilidad de habilidades laborales (+27 puntos), el sistema legal de Finlandia (+9 puntos) y la calidad de la base de datos geológica (+9 puntos). Sin embargo, los mineros expresaron una disminución en su preocupación por la incertidumbre en torno a las reclamaciones de tierras (-18 puntos), su régimen tributario (-18 puntos), la estabilidad política (-18 puntos) y la infraestructura del país (-18 puntos).

El índice de atractivo inversor global combina el índice *best practices mineral potential*, que califica a las regiones según su atractivo geológico, y el *Policy Perception Index* (Índice de Percepción de Políticas públicas), un índice que mide los efectos de la política gubernamental sobre las actitudes hacia la inversión en exploración.

Tanto la elevada producción de minerales en Suecia como los buenos resultados obtenidos por Suecia y por Finlandia en la encuesta del Instituto Fraser *convierten* a estas dos jurisdicciones en supuestos realmente interesantes.

La Ley de minas sueca es el Minerals acts (1991:45), aprobada el 24 de enero de 1991 y en vigor desde el 1 de julio de 1992, que ha sido reformada en el año 2005. La Ley de minas finlandesa es el Mining Act (621/2011), de 10 de junio de 2011, que entró en vigor el 1 de julio de 2011.

Ambas regulan cuestiones similares: las previsiones aplicables a las actividades mineras de exploración y explotación. Además, tanto una norma como la otra son conscientes de que deben aplicarse juntamente con otras leyes, tales como las existentes en materia de medio ambiente, uso del suelo, aguas, etc.

Las dos normas mineras se ocupan, en su mayor parte, de los permisos. La Ley sueca diferencia entre dos clases de permisos: los permisos de exploración y las concesiones de explotación. Los primeros conceden al titular derechos exclusivos de exploración (prospección) y tienen una vigencia máxima de 3 años desde la fecha de otorgamiento, aunque puede solicitarse la prórroga de los mismos por un plazo no superior a 3 años y una prórroga adicional por un período no superior a 5 años, si concurren razones extraordinarias. Los segundos permiten la explotación de un área específica y tienen una duración máxima de 25 años. No obstante, el solicitante puede pedir que se le otorgue la concesión de explotación por un plazo inferior. Asimismo, pueden solicitar que se prorrogue la vigencia por un período de 10 años.

La Ley finlandesa, por su parte, distingue tres tipos de permisos: el permiso de exploración, el permiso de explotación y el permiso de paneo de oro. El permiso de exploración permite la preparación para la explotación minera y tiene una vigencia máxima de 4 años, aunque puede prorrogarse cada 3 años hasta alcanzar un máximo de 15. El permiso de explotación puede ser válido hasta que se realice una nueva notificación o tener un plazo máximo de 10 años de vigencia, prorrogables por otros 10 años. El permiso de paneo de oro habilita a la extracción de oro de los depósitos de yacimientos de oro, con un plazo de caducidad de 3 años.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ANSHELM, J. y HAIKOLA, S., «Mineral policy at a crossroads? Critical reflections on the challenges with expanding Sweden's mining sector», *The Extractive Industry and Society,* nº 3, 2016.

BLANPAIN, R. (ed.), *Energy Law in Finland,* Kluwer Law International, 2010.

BOHNE, E., «Chapter 13. Sweden», *The quest for environmental regulatory integration in the European Union,* Kluwer Law International, 2006, pp. 383-421.

HERLER, C. y MAPERAÄ, J., «Finland», SUTCLIFFE, S. y ELLIOTT, S. (eds.), *Mining Law, Jurisdictional comparisons,,* Sweet and Maxwell, 2012.

HOJEM, P., *Mining in the nordic countries. A comparative review of legislation and taxation,* Norden, 2015.

LIEDHOLM JOHNSON, E., «Interface between mineral and environmental legislation: the example of Sweden as an historic mining country in the European Union», BASTIDA, E. y WÄLDE, T. (eds.), *International and Comparative Mineral Law and Policy,* Kluwer Law International, Bedfordshire, 2005, pp. 1067-1094.

MEJÍA, J. y ALIAKBARI, E., Informe del Instituto Fraser «Survey of Mining Companies 2022», febrero 2023

SKOGSTRÖM, P. y HOLOPAINEN, P., «Finland. Mining», *Getting the deal through,* 2017.

SPEIGHT, R. y SHABAZZ, B., «Mining legislation in the Nordic countries», *Mayer Brown,* octubre 2013.

STEDMAN, A. y GREEN, K.P., Informe del Instituto Fraser «Survey of Mining Companies 2017», febrero 2018.

STRÖMHOLM, S., *An introduction to Swedish Law,* Science and Business Media, LLC., 1981.

USA INTERNATIONAL BUSINESS PUBLICATIONS (ed.), *Sweden Mineral and Mining Sector Investment and Business Guide,* volume 1, Strategic Information and Regulations, Washington, 2013.

YOUNGMAN, E.P., *Mining Laws of Finland,* US Department of Commerce, Bureau of Mines, 1932.

Trabajo recibido el 22 de septiembre de 2023 y aceptado para su publicación el 18 de diciembre de 2023

RESOLUCIONES
DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA

Coordinado por Juan José Jurado Jurado

Registro de la Propiedad

Por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 25-9-2023
BOE 1-11-2023
Registro de la Propiedad de Santa Lucía de Tirajana.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: EFECTOS.

No cabe inscribir un título sin que previamente esté inscrito el derecho del otorgante.

En cuanto al primero de los defectos señalados, esto es, la falta de inscripción de los títulos previos de compraventa y arrendamiento financiero, efectivamente se hizo presentación de los citados documentos, pero los defectos que se señalaban en ellos, que impedían su inscripción, quedaron subsanados posteriormente a la presentación del recurso, por lo que, en ese momento, solo la primera de ellas se encontraba inscrita y el resto se encontraban pendientes de inscripción por los defectos que aún no habían sido subsanados. Por tanto, los principios de tracto sucesivo y legitimación registral determinaron que no pudiera ser inscrita entonces la escritura objeto del recurso y el defecto debe ser confirmado. Ahora que han causado inscripción, ha decaído este defecto señalado.

Respecto del segundo de los defectos, es cierto que la servidumbre se constituye a favor de la persona física o jurídica que en cada caso sea titular de la instalación fotovoltaica, pero la referida resolución de la Dirección General de Industria y Energía no es el documento hábil para hacer constar tal titularidad en el Registro de la Propiedad, de manera que la transmisión del derecho de uso de la cubierta no se ha formalizado en escritura pública que es el documento formalmente requerido para ello. Por tanto, no puede practicarse operación registral respecto de dicha resolución mientras no se haya otorgado e inscrito la correspondiente escritura de transmisión del derecho de uso de la cubierta.

Resolución de 25-9-2023
BOE 1-11-2023
Registro de la Propiedad de A Coruña, número 4.

COMUNIDAD DE BIENES: DISOLUCIÓN DE CONDOMINIO.

Si alguna de las cuotas de la comunidad tiene carácter ganancial, será preciso el consentimiento de ambos cónyuges para el acto divisorio.

El debate sobre la naturaleza jurídica de la división de la cosa común ha dado lugar a numerosas aportaciones jurisprudenciales y doctrinales. Por un lado, hay un sector doctrinal que defiende el carácter meramente especificativo de derechos de la disolución de comunidad, que no implica un título de transferencia inmobiliaria. Por otra parte, distinto sector doctrinal defiende el carácter traslativo de la disolución. Desde el punto de vista de la capacidad, cuando existen menores o personas con discapacidad implicados en la disolución de comunidad, esta Dirección General exigió la autorización judicial, propia de los actos de disposición de bienes inmuebles, en aquellos casos en que, habiendo varias cosas en comunidad, se rompe la regla de posible igualdad del artículo 1061 del Código Civil. Pero no se consideran sujetos a autorización los actos de adjudicación de la única finca común, aunque se compense en efectivo al menor (cfr. Resolución de 2 de enero de 2004), o tampoco cuando, siendo varias cosas, se forman lotes iguales (cfr. Resoluciones de 6 de abril de 1962 y 28 de junio de 2007). Igualmente, el Tribunal Supremo ha abordado la cuestión de la naturaleza jurídica de la división de la cosa común y la partición de herencia. Frente a las teorías que afirman o niegan rotundamente su carácter traslativo, prevalece en la jurisprudencia una consideración intermedia de la partición.

En definitiva, por la disolución de comunidad se causa en el Registro un asiento de inscripción sobre la totalidad del pleno dominio de la cosa adjudicada. La extinción de la comunidad «stricto sensu» termina con la situación de condominio y constituye un derecho de propiedad exclusiva a favor del comunero que se adjudica el bien o cada una de las porciones materiales que resulten de su división.

El pretendido negocio de «extinción parcial» de comunidad, no aparece tipificado legalmente y no presenta ninguna semejanza que genere identidad de razón con el de extinción total, por lo que no puede pretenderse la aplicación analógica a aquella del régimen jurídico de ésta. Si el acto no produce la disminución de miembros de la comunidad, sino simplemente la alteración de las cuotas de los mismos, no cabrá calificarlo de acto de disolución, porque no existirán elementos suficientes para distinguirlo de la simple transmisión de cuotas. Sin embargo, todo acto, aunque no implique reducción de los miembros de la comunidad, por propia naturaleza, puede entenderse encaminado al cese final de la situación de comunidad y, aunque no se logre dicho efecto totalmente, si el acto tiende naturalmente a dicho resultado, podrá ser calificado de disolución.

Por las anteriores consideraciones y, a la vista de la escritura objeto de la calificación impugnada, es indudable que el recurso no puede ser estimado, pues —frente a las alegaciones del recurrente— no se trata de una extinción de condominio en sentido impropio (no es uno de esos actos meramente encaminados al cese final de la situación de comunidad que, aun cuando no produzca efecto to-

talmente, tienda naturalmente a dicho resultado —lo que podría ser calificado de disolución de comunidad, según la doctrina referida de este Centro Directivo—). Tampoco se trata de un negocio de cesión onerosa de cuotas indivisas mediante precio en dinero por dos condueños al restante comunero, sino que se trata inequívocamente de un negocio de extinción de la comunidad «stricto sensu», que termina con la situación de condominio y constituye un derecho de propiedad exclusiva a favor de la comunera que se adjudica el bien.

Por último, tiene razón la registradora al afirmar que, al estar inscrita con carácter ganancial la cuota indivisa que ya pertenecía a la adjudicataria, es necesario el consentimiento del esposo de ésta. Así lo ha puesto de relieve este Centro Directivo en Resoluciones de 9 de mayo de 2017 y 21 de junio de 2020, entre otras.

Resolución de 25-9-2023
BOE 1-11-2023
Registro de la Propiedad de Ponteareas.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Debe denegarse la inscripción de una base gráfica si se aprecian dudas fundadas sobre la identidad de la finca.

Como señala la reiteradísima doctrina de este Centro Directivo, no pueden ser tenidos en cuenta para la resolución del recurso conforme a lo dispuesto en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, ya que éste tiene como objeto valorar la procedencia de la calificación teniendo en cuenta los elementos de que dispuso el registrador para emitirla.

Antes de entrar en el fondo del asunto, procede recordar la doctrina reiterada de este Centro Directivo, expresada en Resoluciones como las de 5 de octubre de 2021 y 8 de junio de 2022, entre otras, por la cual, si la representación gráfica georreferenciada no es inscribible por albergar el registrador dudas fundadas acerca de que con la misma se invada otra finca ya inscrita o el dominio público o que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria, lo procedente es denegar, no suspender la inscripción.

La registración de un exceso de cabida stricto sensu solo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de la finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tabularmente es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos originalmente registrados.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y

razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

La registradora aplica correctamente la doctrina de este Centro Directivo sobre la inscripción de las representaciones gráficas georreferenciadas, y es ajustada a Derecho su nota de calificación, pues la registradora manifiesta dudas fundadas, al producirse cambios en los linderos fijos, sin que haya quedado debidamente justificados esos cambios, y por examen de la ortofoto superpuesta a la cartografía catastral.

Resolución de 26-9-2023
BOE 1-11-2023
Registro de la Propiedad de Chiva, número 2.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Para rectificar un error de concepto en un asiento, es necesario el acuerdo de los interesados y del registrador o, en su defecto, resolución judicial dictada en procedimiento declarativo.

A la vista del historial de la finca en el Registro, la calificación negativa es en principio correcta. Consta inscrita la carga de la sustitución fideicomisaria de residuo y, por tanto, el tracto sucesorio, en los términos que figuran en el Registro, se rige por el título sucesorio del testamento de doña A. R. J. y no se rige por la sucesión de don M. A. B.

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. A diferencia de lo que ocurre con la inexactitud provocada por la falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento, cuya rectificación, como dispone el artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria no exige el consentimiento del registrador, en el caso de la rectificación de errores de concepto, esta intervención es necesaria. El artículo 217, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria dispone que «los errores de concepto cometidos en inscripciones, anotaciones o cancelaciones, o en otros asientos referentes a ellas, cuando no resulten claramente de las mismas, no se rectificarán sin el acuerdo unánime de todos los interesados y del Registrador, o una providencia judicial que lo ordene».

La legislación hipotecaria diferencia dos procedimientos para la rectificación de los errores de concepto: el que exige el acuerdo unánime de los interesados y del registrador o, en su defecto, resolución judicial; y el que permite la rectificación de oficio por parte del registrador cuando el error resulte claramente de los asientos practicados o, tratándose de asientos de presentación y notas, cuando la inscripción principal respectiva baste para darlo a conocer (cfr. artículo 217 de la Ley Hipotecaria y Resolución de 9 de noviembre de 2009). Asimismo, este Centro Directivo ha admitido en diversas Resoluciones (10 de marzo y 5 de mayo de 1978, 6 de noviembre de 1980, 26 noviembre de 1992, 10 de septiembre de 2004, 13 de septiembre de

2005, 19 de junio de 2010, 7 de marzo y 2 de diciembre de 2011, y 29 de febrero, 17 de septiembre y 3 y 16 de octubre de 2012, entre otras) la posibilidad de rectificar el contenido del Registro sin necesidad de acudir al procedimiento general de rectificación antes apuntado, siempre que el hecho básico que desvirtúa el asiento erróneo sea probado de un modo absoluto con documento fehaciente, independiente por su naturaleza de la voluntad de los interesados, pues en tales casos bastará para llevar a cabo la subsanación tabular la mera petición de la parte interesada acompañada de los documentos que aclaren y acrediten el error padecido.

En el presente caso sólo contamos con la solicitud del heredero llamado, pero no de la titular registral llamada como heredera fideicomisaria —aunque lo sea erróneamente— de la finca que vería modificada su titularidad, si bien, el registrador no ha considerado en la nota de calificación el error alegado en el escrito de interposición del recurso. En consecuencia, oponiéndose el registrador a la existencia del supuesto error de concepto, sólo será posible rectificar los correspondientes asientos demandando dicha rectificación en juicio declarativo.

Resolución de 26-9-2023
BOE 1-11-2023
Registro de la Propiedad de Alcudia.

VIVIENDA FAMILIAR: EL ART. 1320 SE APLICA TAMBIÉN A CÓNYUGES SUJETOS A UN RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EXTRANJERO.

Al ser una cuestión de orden público, la norma protectora recogida en el art. 1320 CC en las normas equivalentes de los ordenamientos forales, se aplica a un vendedor casado bajo el régimen económico matrimonial británico.

Tratándose de personas casadas, la titularidad registral de los bienes queda afectada por el régimen legal o convencional aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio, de modo que dicho régimen influye sobre el poder de disposición que cada cónyuge ostenta respecto de los bienes integrantes del patrimonio, bien sea privativo de alguno de ellos o común. En el presente caso consta en la escritura calificada que la ley material aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio del vendedor es la supletoria vigente en Gran Bretaña, de separación de patrimonios. Y el criterio de la registradora debe ser confirmado, toda vez que, como ya puso de relieve este Centro Directivo en Resolución de 31 de enero de 2022, la aplicación de la norma del artículo 1320 del Código Civil, o el análogo artículo 4.3 del texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares, aprobado por el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, puede basarse en razones de orden público, aplicable, por tanto, con independencia de lo que disponga la ley rectora del régimen económico matrimonial en el caso particular. Así resulta también de lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/1103, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, aplicable desde el día 29 de enero de 2019 (cfr., en relación con las parejas no casadas, la Resolución de este Centro Directivo de Resolución de 10 de mayo de 2017).

Resolución de 27-9-2023
BOE 1-11-2023
Registro de la Propiedad de Pola de Lena.

ARRENDAMIENTO: NATURALEZA.

Tratándose de un arrendamiento por plazo de cincuenta años, ha de dársele el tratamiento de un acto de disposición y, si la finca es ganancial, exigir el consentimiento de ambos cónyuges.

Para determinar cuándo el arrendamiento es un acto de administración o de administración extraordinaria o de disposición, el Código Civil fija como criterio especialmente relevante el que atiende a su plazo de duración. Así, dejando ahora al margen las interesantes cuestiones que se han suscitado en torno a la conceptuación —en abstracto— del arrendamiento como acto de administración, a la vista de lo establecido en nuestra legislación en diversas normas (preceptos legales que disciplinan facultades de determinados representantes legales; leyes arrendaticias especiales, etc.), es generalmente admitido que, en principio, el arrendamiento constituye acto de administración o, si se quiere, de extraordinaria administración o de gestión, por lo que bastaría, para su realización, la capacidad general para celebrar tales actos, siendo sólo necesaria la capacidad dispositiva cuando se trate de arrendamientos que por sus estipulaciones, o por su duración, puedan ser considerados actos de disposición o equiparados a éstos (sin perjuicio, eso sí, de que eventualmente alguna norma pueda exigir capacidad dispositiva para concertarlo). El hecho de que el arrendamiento sea inscribible no tiene la trascendencia de transmutar su naturaleza jurídica, de acto de administración en acto de disposición.

En la escritura a que se refiere este expediente se formaliza un contrato de arrendamiento por un plazo de cincuenta años. Por ello, según el criterio mantenido por la jurisprudencia y por este Centro Directivo, debe calificarse como acto de disposición y no de mera administración (cfr. las Resoluciones de este Centro Directivo de 26 de enero de 2015, 9 de enero de 2020 y 15 de julio de 2021). Y, estando inscrita la finca arrendada a nombre de ambos cónyuges con carácter ganancial, es necesario para inscribir el arrendamiento que se haya realizado conjuntamente por ambos cónyuges o por uno cualquiera de ellos con el consentimiento del otro o con la autorización judicial supletoria (vid. artículos 1377 del Código Civil y 93, apartados 1 y 2, del Reglamento Hipotecario).

Resolución de 27-9-2023
BOE 1-11-2023
Registro de la Propiedad de San Mateu.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Puede denegarse la inscripción de la base gráfica si el registrador aprecia dudas fundadas en la alegación de un colindante.

La doctrina de esta Dirección General respecto a la alegación a la inscripción a la georreferenciación de una finca mediante expediente del artículo 199 de la Ley

Hipotecaria, realizada por uno de los colindantes notificados es que la misma ha de ser sometida al análisis de la calificación registral, y la denegación debe estar basada en un razonamiento del registrador razonado y fundamentado objetivamente.

Las circunstancias que determinan una calificación necesariamente denegatoria de la solicitud de inscripción de la georreferenciación de una finca, mediante expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, son la invasión de dominio público o de finca registral con georreferenciación previamente inscrita. Pero, cuando no se dan estos supuestos, procede la tramitación del expediente.

Pero, el hecho de que se formulen alegaciones a la inscripción de la georreferenciación, éstas no determinan necesariamente la denegación de la inscripción, como parece afirmar el registrador en su nota. Ciertamente, esta Dirección General distingue según el titular alegante sea catastral no registral o registral. En el primer caso, según la Resolución de 12 de julio de 2023, la mera oposición de un titular catastral que alega que su inmueble catastral es invadido por la representación gráfica alternativa aportada por el promotor no es por sí solo motivo suficiente para denegar la inscripción de ésta, pues, precisamente por ser alternativa, no catastral, dicha representación gráfica, se produce la invasión parcial del inmueble catastral colindante. Pero, en el segundo caso, es decir, si el alegante es titular registral de la finca colindante la cuestión cambia, pues su oposición resulta mucho más cualificada y merecedora de mayor consideración, sin que ello implique necesariamente la denegación. En el presente caso, el alegante es titular registral de la finca 212 del término municipal de Alcalà de Xivert.

La nota de calificación registral, en los términos en que ha sido redactada, es coherente con la doctrina formulada al respecto por esta Dirección General, puesto que si bien la mera oposición no basta para hacer contencioso el expediente, si puede ser tenida en cuenta por el registrador para fundar su nota de calificación, sin que la calificación registral pueda calificarse de temeraria.

La existencia de dichos mojones o piquetas, por sí solos, no determinan o identifican el trazado del linde. Para ello es necesario determinar que los mismos han sido colocados con consentimiento de todos los colindantes afectados. La facultad de deslindar la finca es una de las facultades que se integran en el contenido mínimo de todo derecho de dominio y como dice el artículo 384 del Código Civil: «Todo propietario tiene derecho a deslindar su propiedad, con citación de los dueños de los predios colindantes».

Resolución de 27-9-2023
BOE 1-11-2023
Registro de la Propiedad de Eivissa, número 4.

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE INMATRICULACIÓN: TRAMITACIÓN.

En un caso en el que lo que se inmatricula es la finca resultante de una agrupación, la georreferenciación ha de referirse a la finca resultante. La anotación preventiva en este caso será potestativa.

Como ha declarado esta Dirección General y la Dirección General de los Registros y del Notariado en sucesivas Resoluciones, como las de 27 de junio de

2016, 16 de julio de 2021 o 14 de febrero de 2023, el momento procedimental oportuno para que el registrador exponga sus dudas sobre la identidad de la finca a inmatricular con otra ya inscrita es la expedición de la certificación al inicio del expediente (regla tercera del artículo 203.1 de la Ley Hipotecaria). Pero, la manifestación de dudas sobre la identidad no siempre justifica la suspensión del procedimiento, pues durante su tramitación pueden practicarse las diligencias oportunas para disipar tales dudas, sin perjuicio de la calificación registral que proceda una vez concluido el expediente (regla sexta).

Respecto de la duda por la falta de coincidencia entre la superficie a inmatricular y la que resulta de la certificación catastral, la misma viene matizada por el hecho de que la superficie a inmatricular se va a agrupar con la finca 934 de Sant Antoni de Portmany, para coincidir con la parcela catastral indicada. Ello determina la posible aplicación de la doctrina de esta Dirección General sobre la georreferenciación de fincas de vida efímera, como en el presente caso.

El recurrente trata de seguir con esta actuación la interpretación que hace el propio registrador, al suspender la inscripción del exceso de cabida de la finca 934 de Sant Antoni de Portmany, por entender que trataba de alterarse la realidad física de la finca. Por ello, el recurrente inicia los dos expedientes, uno para rectificar la descripción de la cabida inscrita y otro para inmatricular la parte de la finca no inscrita. Si se impide la tramitación de este segundo por la falta de coincidencia de la descripción de la finca en el acta y en el Catastro, se impide el resultado solicitado, cuando la falta de coincidencia es más aparente que real.

Las porciones de terreno que van a integrar la finca agrupada son colindantes y los linderos para tener en cuenta son los resultantes de la agrupación, pues es la descripción, con su georreferenciación, cuya inscripción se solicita. Las dudas que puedan existir por parte del registrador pueden llegar a disiparse con la tramitación del expediente y la citación a todos los colindantes, que están identificados y coinciden con los catastrales, como exige el registrador en su nota de calificación.

La notificación debe realizarse en la forma determinada en el artículo 203 de la Ley Hipotecaria, con la interpretación que ha dado al efecto esta Dirección General, en la Resolución de 1 de marzo de 2022, cuando declara que el artículo 203.1 de la Ley Hipotecaria dispone en su regla quinta que la notificación a colindantes la hará el notario en la forma prevenida en la Ley y en los domicilios que consten en el Registro (o, de ser distintos, en cualesquiera otros que figuren en el expediente). La remisión legal debe entenderse hecha a lo prevenido en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, del que resulta que la notificación habrá de hacerse en forma personal, a menos que (disposición adicional segunda de la Ley 13/2015, de 24 de junio) los destinatarios sean desconocidos, o se ignore el lugar de notificación, o la notificación personal haya sido por dos veces infructuosa, casos en los cuales sí será posible la notificación edictal a través del «Boletín Oficial del Estado». En todo caso, la notificación edictal a realizar cuando no haya sido posible la personal ha de ser nominativa.

Respecto de la denegación de la práctica de la anotación preventiva, entiende este Centro Directivo que no procede, en cuanto que la misma no ha sido solicitada por el interesado, que expresamente desiste de la misma en el título notarial. Como ha declarado esta Dirección General, la práctica de esa anotación preventiva, tanto en el caso de pretensión de inmatriculación del artículo 203 de la Ley

Hipotecaria, como en el de rectificación de descripción del artículo 201 de la Ley Hipotecaria, es potestativa y no obligatoria.

Resolución de 2-10-2023
BOE 2-11-2023
Registro de la Propiedad de Barbate.

EXPROPIACIÓN FORZOSA: CANCELACIÓN DERECHO DE REVERSIÓN.

La cancelación por caducidad de un derecho de reversión es precisa una certificación del acto administrativo firme.

Es doctrina de esta Dirección General (cfr. Resoluciones citadas en los «Vistos») que para cancelar de un asiento registral es presupuesto bien el consentimiento del titular del derecho reflejado en dicho asiento, bien la pertinente resolución judicial supletoria (cfr. artículos 1, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria). Pero no es menos cierto que dicha regla tiene importantes excepciones y una de ellas es la prevista para cuando el derecho inscrito se haya extinguido por imperativo del propio título inscrito o por disposición directa de la ley (artículo 82 de la Ley Hipotecaria). Eso es lo que ocurre cuando, a través del oportuno expediente administrativo, queda acreditado que la reversión ha incurrido en causa de caducidad y extinción de conformidad con lo establecido en la ley.

En los casos de caducidad este Centro Directivo sostiene que la cancelación registral solicitada —cfr. Resoluciones de 30 de marzo de 2016 y 30 de octubre de 2020— para un derecho de reversión debe pasar por la exigencia de certificación del acto administrativo firme que, con audiencia del interesado, declare la extinción del derecho, siempre y cuando tal decisión haya adquirido firmeza, también en vía jurisdiccional, por sentencia judicial confirmatoria o por transcurso de los plazos de impugnación ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Por último, en el párrafo final del citado artículo 210 de la Ley Hipotecaria, con base al cual se solicita la cancelación, se recoge un principio relativo a las cargas a favor de las administraciones públicas, que por analogía podría ser de aplicación: «Para la cancelación de un asiento relativo a una concesión administrativa inscrita registralmente, será suficiente con la presentación al Registro de la Propiedad de certificación expedida por la Administración Pública titular del inmueble en la que se acredite la extinción de dicha concesión».

Resolución de 2-10-2023
BOE 2-11-2023
Registro de la Propiedad de Amposta, número 1.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: EFECTOS.

Es inscribible un contrato de arrendamiento formalizado en escritura pública entre la recurrente y el propietario anterior de la finca, puesto que ésta fue adjudicada en procedimiento de ejecución hipotecaria directa en virtud de resolución judicial que dejó a salvo el derecho a ocupar la finca por el arrendatario recurrente.

Como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo (véase por todas la Resolución de 20 de abril de 2023), es principio básico de nuestro sistema registral el de que todo título que pretenda su acceso al Registro ha de venir otorgado por el titular registral o en procedimiento seguido contra él (cfr. artículos 20 y 40 de la Ley Hipotecaria), alternativa esta última que no hace sino desenvolver en el ámbito registral el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de los derechos e interdicción de la indefensión (cfr. artículo 24 de la Constitución Española) y el propio principio registral de salvaguardia judicial de los asientos registrales (cfr. artículo 1 de la Ley Hipotecaria).

Ceñidos a la nota de calificación, sin embargo, en el presente caso, no se conculcan ninguno de estos principios si se inscribe el contrato de arrendamiento formalizado en escritura pública entre la recurrente y el propietario anterior de la finca, puesto que ésta fue adjudicada en procedimiento de ejecución hipotecaria directa en virtud de resolución judicial que dejó a salvo el derecho a ocupar la finca por el arrendatario recurrente. En dicho procedimiento fue parte el actual titular registral.

Resolución de 2-10-2023
BOE 2-11-2023
Registro de la Propiedad de Hoyos.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DOBLE TÍTULO TRASLATIVO.

No tiene carácter de título traslativo una escritura de carta de pago del precio aplazado en una compraventa.

En el presente expediente, resulta evidente que no hay doble título traslativo, ya que aunque la primera escritura recoge una compraventa, que en unión del modo —al existir tradición instrumental—, implica la traslación del dominio (artículos 609 y 1462 del Código Civil), el segundo título, no implica traslación del dominio, ni refrenda a los compradores como dueños, pues ya lo eran con anterioridad. Simplemente constata el pago del precio aplazado, con la consecuente extinción de la obligación de pago (artículo 1156 del Código civil). Es más, aunque hubiese habido una efectiva condición resolutoria, cosa que no concurre en este caso, y su incumplimiento originase la resolución de la transmisión (circunstancia que tampoco concurre en este caso), no se entendería que hay doble título, como indica la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 17 de octubre de 2014.

Resolución de 3-10-2023
BOE 2-11-2023
Registro de la Propiedad de Almería, número 5.

ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: DERECHO DE TANTEO Y RETRACTO.

La garantía de los derechos de adquisición preferente en arrendamientos rústicos exige la adecuada notificación al arrendatario.

Para resolver la cuestión debatida en el presente recurso debe tenerse en cuenta que, según el apartado 3 del artículo 22, también se atribuye derecho de re-

tracto al arrendatario «si las condiciones de la enajenación, el precio o la persona del adquirente no correspondieran de un modo exacto a las contenidas en la notificación previa»; e, igualmente, «si no se hubiese cumplido en forma el requisito de la notificación previa». Por ello, tiene sentido que, como sostiene el registrador en su calificación, se apliquen las normas del apartado 3, i.i., del mismo artículo 22.

En el presente caso, a la vista de la forma de la notificación del propósito de vender la finca así como del contenido de aquella (en los términos reseñados en los antecedentes de hecho de esta resolución), está justificada la exigencia expresada por el registrador, toda vez que mediante la notificación fehaciente del contenido de la escritura de enajenación podrá la arrendataria conocer íntegramente las condiciones esenciales de la venta, de suerte que si no coinciden con las contenidas en la notificación previa realizada por el vendedor, o en esta se han omitido, o no se ha realizado dicha notificación de forma fehaciente, podrá la arrendataria ejercitar el derecho de retracto, sirviendo la posterior notificación para fijar el *dies a quo* a efectos del cómputo del plazo de ejercicio de tal derecho.

Resolución de 3-10-2023
BOE 2-11-2023
Registro de la Propiedad de Eivissa, número 4.

HERENCIA: INTERVENCIÓN DE LOS LEGITIMARIOS EN LA PARTICIÓN.

Resultando con claridad del testamento que el causante tenía vecindad civil común, sus padres serán legitimarios y han de intervenir en la partición.

En relación con la vecindad civil, y la correspondiente sujeción al Derecho civil común o al especial o foral, este Centro Directivo ha tenido la oportunidad de poner de relieve las dificultades para su prueba. Precisamente por la trascendencia que la vecindad civil tiene en la capacidad de la persona, el artículo 156.4.º el Reglamento Notarial establece que en la comparecencia de la escritura «se expresará la vecindad civil de las partes cuando lo pidan los otorgantes o cuando afecte a la validez o eficacia del acto o contrato que se formaliza (…)», si bien, dadas las dificultades para su prueba antes referidas, el artículo 160 del mismo Reglamento dispone que la circunstancia de la vecindad se expresará por lo que conste al notario o resulte de las declaraciones de los otorgantes y de sus documentos de identidad.

Por las anteriores consideraciones el recurso no puede ser estimado. Como ha afirmado este Centro Directivo (vid. las Resoluciones de 23 de mayo de 2012, 5 de junio de 2018, 6 de marzo de 2019, 20 de julio de 2022 y 24 de enero de 2023) «siempre es necesario que resulte de la escritura atributiva de bienes hereditarios cuáles son los sujetos interesados en la herencia, y que —sin llegar a una prueba diabólica— se justifique o se refiera la inexistencia de otras personas que por llamamiento legal o testamentario pudieran tener algún derecho en la sucesión, de modo que se infiera la legitimación de los otorgantes, per se, para la adjudicación de los bienes relictos (...)».

En el presente supuesto, la vecindad civil de la causante resulta de sus manifestaciones en el propio testamento, en unos términos tan precisos que evidencian el cumplimiento por el notario de su deber de informar a la otorgante sobre el hecho

de que, «no habiendo residido en comunidad foral alguna con las condiciones legalmente previstas para la adquisición de alguna vecindad especial», tiene vecindad civil en territorio de derecho común y, por ende, sus padres tienen derecho a legítima.

Resolución de 3-10-2023
BOE 2-11-2023
Registro de la Propiedad de Caldas de Rei.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Puede denegarse la inscripción de la base gráfica si el registrador aprecia dudas fundadas.

Si la representación gráfica georreferenciada no es inscribible por albergar el registrador dudas fundadas acerca de que con la misma se invada otra finca ya inscrita o el dominio público, lo procedente es denegar, no suspender, la inscripción. En segundo lugar, respecto a la fundamentación jurídica, la registradora, al calificar, no puede limitarse a una mera aplicación mecánica y puramente formal de los preceptos legales, basados en la identificación de su número de orden dentro del texto legal, sino que puede acudir a la hermenéutica y a la interpretación contextual, para expresar de qué forma se consideran infringidos.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). Dado que con anterioridad a la Ley 13/2015, de 24 de junio, se permitía el acceso al Registro de fincas sin que se inscribiese su representación gráfica georreferenciada, la ubicación, localización y delimitación física de la finca se limitaba a una descripción meramente literaria, lo que puede conllevar una cierta imprecisión a la hora de determinar la coincidencia de la representación gráfica con otras fincas inmatriculadas con anterioridad a dicha norma. El reflejo registral de la referencia catastral de una finca no supone la asunción de las diferencias descriptivas que puedan existir entre la descripción de la parcela catastral y la finca registral, como unidades conceptuales diferentes.

El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

Además de todos los anteriores argumentos, que determinan que la solución del presente recurso no pueda ser otra que la confirmación de la nota de calificación, dadas las circunstancias del caso, esta Dirección General debe aludir a la existencia de otro defecto, no señalado en la nota, que es el más contundente a efectos de denegar la inscripción. Y es el hecho, reconocido por el recurrente en su escrito de interposición del recurso, de que la finca registral 8.919 de Portas está incluida en un expediente de concentración parcelaria. Por tanto, todas las alegaciones realiza-

das por el recurrente deben ser resueltas por el Servicio de Infraestructuras Agrarias gallego y no a través del expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 3-10-2023
BOE 2-11-2023
Registro de la Propiedad de Rute.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Puede denegarse la inscripción de la base gráfica si el registrador aprecia dudas fundadas.

La registradora invoca como primera causa que impide la inscripción de la georreferenciación alternativa que con «los documentos aportados y tras haber comprobado en la imagen de Catastro que no se respeta el espacio de vía pública destinado a acerado en la parte destinada a aparcamiento». Sin embargo, esta afirmación no puede ser mantenida por esta Dirección General, porque la existencia de la misma no resulta ni de la descripción registral ni de la catastral, donde no se alude a ninguna calle como lindero. Además, el Ayuntamiento declara que dicha franja de terreno nunca ha tenido el carácter de público. Respecto a las alegaciones relativas a los ruidos y molestias, no es el recurso el cauce procedente para resolver estas circunstancias, que en nada afectan a la inscripción, sino que debe acudirse a los expedientes administrativos y procedimientos judiciales adecuados para ello, como bien afirma el recurrente en su escrito de interposición del recurso.

En conclusión, la registradora, a la vista de las alegaciones, ha decidido motivadamente según su prudente criterio, la denegación de la inscripción de la georreferenciación. Y como ha declarado reiteradamente esta Dirección General, la oposición de algún interesado, constituye uno de los principios de la regulación de la jurisdicción voluntaria, sin que la sola formulación de oposición por alguno de los interesados haga contencioso el expediente.

Ello determina como consecuencia necesaria en el presente expediente la confirmación de la nota de calificación registral negativa aquí recurrida sobre dudas fundadas de posible invasión de fincas registrales colindantes inmatriculadas, y sin que competa a este Centro Directivo, en vía de recurso, —como ya se dijo en la Resolución de 21 de septiembre de 2020— «decidir cuál deba ser la georreferenciación correcta de cada finca, o sugerir una diferente a la aportada o soluciones transaccionales entre colindantes».

Resolución de 4-10-2023
BOE 2-11-2023
Registro de la Propiedad de Redondela-Ponte Caldelas.

HIPOTECA: TASACIÓN DE LA FINCA HIPOTECADA.

Para que puedan inscribirse los pactos de ejecución directa y de venta extrajudicial es preciso que se incorpore el oportuno certificado de tasación de la finca.

En cuanto al primero de los defectos señalados, esto es, la falta de congruencia entre las cantidades transferidas y la cantidad expresada como importe del préstamo, ciertamente de la lectura del clausulado no cabe duda de que se trata de un préstamo de 232.500 euros, si bien la no correspondencia con la cantidad transferida merma la claridad de lo realmente prestado, lo que se puede subsanar fácilmente mediante complemento de la transferencia que falta. Por tanto, el defecto debe ser confirmado.

En cuanto al segundo de los defectos señalados, esto es la falta de aportación del certificado de tasación, este Centro Directivo ha reiterado —vid., por todas, la Resolución de 7 de julio de 2021, entre otras citadas en los «Vistos»— que, para poder inscribir los pactos de ejecución directa sobre bienes hipotecados o el pacto de venta extrajudicial incluidos en las escrituras de constitución de hipoteca, resulta imprescindible que se acredite al registrador, a través de la certificación oficial pertinente, la tasación realizada conforme a lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario (referencia que debe entenderse hecha actualmente al Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre), para que éste pueda comprobar que el tipo de subasta no es inferior al 75% del valor de dicha tasación (hoy el 100% tras la reforma de la Ley 5/2019 de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario).

En los préstamos hipotecarios concedidos por entidades distintas de las expresadas en el artículo 2 de la citada Ley 2/1981, de 25 de marzo, la tasación puede ser realizada por una entidad que no necesariamente sea de las homologadas según la misma, pudiendo ser realizadas por otras entidades o personas físicas que tengan entre sus funciones profesionales la de tasación de inmuebles. Es decir, en tales supuestos no se excepciona la exigencia de la realización de una tasación profesional de la finca o bien hipotecado, pero sí la cualificación oficial de la entidad. Ese significado de dualidad de entidades tasadoras es el que, en consecuencia, ha de atribuirse a la expresión «en su caso» a que se refieren los artículos 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 129 de la Ley Hipotecaria tras la reforma operada por la Ley 19/2015, de 13 de julio, y vigente en la actualidad.

Resolución de 4-10-2023
BOE 2-11-2023
Registro de la Propiedad de Armilla.

REPARCELACIÓN URBANÍSTICA: APROBACIÓN POR SILENCIO ADMINISTRATIVO

En caso de aprobación por silencio del proyecto de reparcelación, se necesita la oportuna certificación administrativa acreditativa de dicha aprobación.

Pasando a analizar el objeto del presente expediente, el mismo se centra en determinar si cabe considerar aprobado por silencio administrativo positivo un proyecto de reparcelación en el marco de la legislación urbanística andaluza y, en su caso, qué requisitos son necesarios para su acreditación a efectos registrales.

La cuestión ha sido objeto de un pronunciamiento reciente por parte del Tribunal Supremo, Sala Tercera, en su Sentencia de 18 de mayo de 2020, que par-

tiendo de la diferencia entre la ordenación urbanística, como servicio público, y la edificación, como derecho del propietario, ha interpretado los artículos 11.5 de la Ley de suelo de 2008, actual 25.5 del Real Decreto Legislativo 7/2015, y el artículo 43.2.b) de la Ley 30/1992, actual artículo 24.1 de la Ley 39/2015, considerando que los proyectos de actuación, como instrumentos de gestión y ejecución urbanística, presentados por iniciativa particular, no pueden entenderse aprobados por silencio administrativo.

Lo cierto es que diversas normas autonómicas regulan expresamente la posibilidad de considerar aprobado un proyecto de reparcelación —cfr. artículo 88 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid de 17 de julio de 2001—, o incluso de urbanización, por silencio administrativo positivo. Es el caso de la Comunidad de Andalucía, donde el actual artículo 92.5 de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía, dispone que «en los procedimientos iniciados a solicitud de interesado, el plazo máximo para la ratificación o aprobación del proyecto de reparcelación por la Administración actuante será de cuatro meses desde la presentación de la solicitud en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente. El vencimiento de dicho plazo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados para entenderla aprobada o ratificada, según el caso, por silencio administrativo». El artículo 157.3 del Reglamento de desarrollo de la Ley, aprobado por el Decreto 550/2022, de 29 de noviembre, en vigor desde el día 22 de diciembre de 2022, añade que, en tales casos «la Administración actuante vendrá obligada a emitir certificado del silencio a solicitud del interesado en los términos recogidos en la legislación general de procedimiento administrativo».

Ahora bien, ello no significa necesariamente que el mero transcurso del plazo previsto legalmente para que opere el silencio suponga el efecto automático de éste, particularmente cuando sus determinaciones resultan contrarias a la ordenación urbanística que pretende desarrollar, como ha reconocido el propio Tribunal Superior de Andalucía. Las normas sobre inscripción de proyectos de reparcelación no contienen normas especiales sobre el silencio administrativo positivo, limitándose a exigir acreditación de la aprobación administrativa correspondiente —artículos 23.6 del vigente Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, y 6 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio—. Pues, en el ámbito de la legislación hipotecaria la regla general, como ha declarado reiteradamente este Centro Directivo, es la de que no se admiten los consentimientos tácitos ni presuntos, y además rige el principio general de titulación auténtica, conforme al artículo 3 de la Ley Hipotecaria, criterio y principio, ambos, incompatibles con la admisión del silencio administrativo acreditado mediante cualquier medio de prueba admitido en Derecho (cfr. artículo 24.1 de la Ley 39/2015), como título material y formal inscribible. Estos criterios son aplicables no sólo en el ámbito de los asientos de inscripción, sino también, incluso con mayor fundamento (cfr. artículos 1, párrafo tercero, 20 y 38 de la Ley Hipotecaria), respecto de las cancelaciones.

Por ello tiene plena lógica que, en los casos de elevación a público del proyecto de reparcelación, se requiera complementariamente, a fin de integrar la documentación necesaria para la inscripción, la certificación del secretario del Ayuntamiento sobre la aprobación y firmeza del proyecto —cfr. Resolución de 29 de junio de 2012—. En el mismo sentido se pronuncia la normativa andaluza cuando el artículo 158 del Re-

glamento establece que se proceda a la inscripción en el Registro de la Propiedad una vez firme en vía administrativa el acuerdo de aprobación o ratificación del proyecto de reparcelación. No habiendo obtenido la certificación administrativa, en los casos de silencio administrativo, la citada normativa sólo permite otorgar la escritura pública acreditando ciertos requisitos previstos en el artículo 158.3.

Resolución de 4-10-2023
BOE 2-11-2023
Registro de la Propiedad de Baeza.

DERECHO DE USO DE LA VIVIENDAS FAMILIAR: INSCRIPCIÓN.

No puede inscribirse el derecho de uso sobre la vivienda familiar en caso de divorcio si el cónyuge a quien se le atribuye es titular del pleno dominio de la vivienda.

Cuando el cónyuge a quien se atribuye la guarda y custodia de los hijos es al tiempo propietario de la vivienda familiar y adjudicatario del derecho de uso, debe entenderse que el haz de facultades que este último genera a favor de su titular, integrado básicamente por una facultad de ocupación provisional y temporal (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997), y por el poder de limitar el ejercicio de las facultades dispositivas por parte del cónyuge (excónyuge) titular del dominio (Resolución de 25 de octubre de 1999), quedan comprendidos o subsumidos en la propia titularidad dominical sobre la finca. Por ello se ha podido afirmar que el derecho de uso queda extinguido si, como consecuencia de la liquidación de gananciales, la finca sobre la que recae es adjudicada en pleno dominio al cónyuge titular de ese derecho (sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 3 de mayo de 2004), y que carece de interés el reflejo registral del derecho de uso judicialmente atribuido a la esposa sobre la vivienda familiar cuando ésta es la titularidad dominical (cfr., entre otras, la Resolución de esta Dirección General de 6 de julio de 2023).

Resolución de 4-10-2023
BOE 2-11-2023
Registro de la Propiedad de Zafra.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No puede inscribirse la inmatriculación si existen dudas fundadas sobre la identidad de la finca.

En el presente caso, la registradora funda sus dudas en que no son coincidentes las descripciones de la finca y la de la parcela catastral, al tener distinta ubicación, superficie, existiendo una diferencia de cabida del 160 % respecto de la cabida documentada, y un cambio de lindero fijo.

Por ello, parecen razonable las dudas de la registradora en la correspondencia de la descripción de la finca en el título presentado, con el que pretende la inmatriculación de la participación indivisa de la finca, con la que consta en el Registro

ya que con la incorporación al folio registral de la descripción catastral se estaría llevando a efecto una rectificación que implicaría una alteración de la delimitación perimetral de la finca ya inscrita, que pone en duda, su identidad tal y como se describe en la inscripción primera.

Resolución de 5-10-2023
BOE 2-11-2023
Registro de la Propiedad de Cartagena, número 4.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Para rectificar una inexactitud registral hay que estar a lo dispuesto en el art. 40 LH.

La operación registral de asignación de una referencia catastral a una determinada finca registral, que no tiene inscrita su georreferenciación, es un juicio que emite el registrador una vez realizada una operación que es meramente literaria y carece de componente geográfico alguno, consiste únicamente en comparar la descripción literaria de la finca registral con la parcela catastral. Pero, si la referencia catastral aportada está inscrita en el historial de otra finca registral a nombre de persona distinta, entramos en un supuesto de hecho distinto.

Por tanto, estando inscrita la referencia catastral aportada en el folio registral de otra finca, debe traerse a colación la Resolución de este Centro Directivo de 22 de noviembre de 2016, que recordó la distinción entre los conceptos de inexactitud registral y error. Existe inexactitud cuando concurre cualquier discordancia entre el Registro y la realidad extrarregistral (cfr. artículo 39 de la Ley Hipotecaria), y existe error cuando, al trasladar al Registro cualquier dato que se encuentre en el título inscribible o en los documentos complementarios se incurre en una discordancia.

En el presente caso estamos ante una inexactitud registral al reflejar la inscripción una referencia catastral, que consta en el título por el que se practicó la inscripción y que el recurrente manifiesta que es errónea pues corresponde a otra parcela catastral, cuya finca registral correspondiente es de su titularidad. Por tanto, debe aplicarse el artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria, cuando dispone: «Cuando la inexactitud procediere de falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento y, en general, de cualquier otra causa de las no especificadas anteriormente, la rectificación precisará el consentimiento del titular o, en su defecto, resolución judicial».

Resolución de 5-10-2023
BOE 2-11-2023
Registro de la Propiedad de Córdoba, número 7.

INMATRICULACIÓN POR CERTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA DEL ART. 206 LH: REQUISITOS.

No procede la inmatriculación de una finca si consta que ya se halla inscrita, aunque sean bienes de dominio público.

Es un principio de nuestro derecho registral el de que no pueden ser inmatriculadas (ni georreferenciadas) fincas cuya ubicación y delimitación geográfica invadan, en todo o en parte, la de otras fincas previamente inmatriculadas. El registrador debe extremar el celo en las inmatriculaciones para evitar que se produzca la indeseable doble inmatriculación. Además, hay que considerar que el procedimiento previsto en el artículo 206 de la Ley Hipotecaria tiene menores garantías, al no exigir la previa intervención de titulares de fincas colindantes que pudieran verse afectados, siendo éstos los más interesados en velar que el acceso de una nueva finca al Registro no se haga a costa, o en perjuicio, de los fundos limítrofes, pudiendo producirse, en caso contrario un supuesto de indefensión.

Ocurre que el propio Ayuntamiento solicitante de la inmatriculación y ahora recurrente admite que la finca a inmatricular, como dominio público a favor del Ayuntamiento de Córdoba, ya se encuentra inscrita, pero alega que «esta circunstancia registral no puede oponerse frente a bienes de dominio público» porque «el principio de legitimación registral decae ante la existencia del dominio público». Por todo ello, en el supuesto analizado en la Resolución de este Centro Directivo de 20 de diciembre de 2022, en el que, como ocurre ahora, «el camino que se pretende inmatricular atraviesa una finca registral, existiendo, por tanto, coincidencia de parte de dicha finca registral y pudiendo existir doble inmatriculación», la conclusión fue, como ha de ser ahora, confirmar la nota de calificación negativa y desestimar el recurso «sin perjuicio, de la posibilidad de inscripción del deslinde administrativo o expropiación, cuyo reflejo registral deberá producirse mediante resolución emanada de procedimiento en que el titular registral haya tenido la oportuna intervención, evitando así su indefensión».

Resolución de 5-10-2023
BOE 2-11-2023
Registro de la Propiedad de Madridejos.

VÍAS PECUARIAS: NOTA MARGINAL DE COLINDANCIA A DOMINIO PÚBLICO.

No procede la práctica de una nota marginal relativa al hecho de que la finca colinda con una vía pecuaria.

En cuanto a la cuestión de fondo, la publicidad del procedimiento de deslinde se contempla en el artículo 8, apartado 5, de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias que dispone que «cuando los interesados en un expediente de deslinde aporten títulos inscritos en el Registro de la Propiedad sobre terrenos que pudieran resultar incluidos en el dominio público, el órgano que tramite dicho expediente lo pondrá en conocimiento del Registrador a fin de que por éste se practique la anotación marginal preventiva de esa circunstancia». Con independencia de la imprecisión del texto legal sobre el asiento legal («anotación marginal preventiva»), lo que resulta indudable es que la publicidad registral mediante un asiento en la finca sólo se contempla una vez iniciado el procedimiento de deslinde y con intervención de los interesados. En ningún caso puede admitirse la práctica de asientos sobre las fincas sin que el titular haya sido parte en el procedimiento.

Corresponde al registrador, dentro de los límites de su función calificadora de los documentos administrativos, examinar, entre otros extremos, la observancia de los trámites esenciales del procedimiento seguido, a fin de comprobar el cumplimiento de las garantías que para los particulares están establecidas por las leyes y los reglamentos, con el exclusivo objeto, como tiene declarado este Centro Directivo, de que cualquier titular registral no pueda ser afectado si, en el procedimiento objeto de la resolución, no ha tenido la intervención prevista por la Ley.

Por otra parte, la nota marginal previa al inicio del expediente de deslinde no está prevista en la normativa reguladora de las vías pecuarias, ni tampoco se prevé en la normativa general de las Administraciones Públicas. Ahora bien, el artículo 9, letra a), de la Ley Hipotecaria dispone que «cuando conste acreditada, se expresará por nota al margen la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente, con expresión de la fecha a la que se refiera». En esta previsión legal podría tener encaje la nota marginal cuya solicitud motiva este recurso. Sin embargo, en el concreto supuesto analizado en este expediente, el contenido de la solicitud de la Administración y de la nota pretendida adolece una falta de determinación total acerca de ninguna circunstancia afectante a la finca, ya que se limita a expresar la colindancia con una vía pecuaria, lo cual ya resulta de la propia descripción de la finca (cfr. artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento); advierte la posibilidad de un eventual deslinde, sin concretar siquiera si efectivamente la finca pudiera verse afectada por ello y en qué medida; además de recordar los efectos legales del deslinde, cuestión que resulta de la propia ley. Por tanto, tampoco puede practicarse la nota marginal solicitada al amparo de este precepto, pues no resulta una concreta calificación urbanística, medioambiental o administrativa de la finca más allá de su colindancia con una vía pecuaria y no resulta de la solicitud la intervención del titular de la finca.

No obstante lo anterior, la protección registral que la Ley otorga al dominio público no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito, incluso al no deslindado formalmente (pues el deslinde tiene un valor declarativo y no constitutivo: vid. Resolución de 23 de enero de 2014, fundamento de Derecho séptimo), pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción.

Como se deduce de los artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria al objeto de hacer constar en el Registro de la Propiedad una resolución administrativa en los términos que pretende la Administración recurrente, deberá realizarse mediante el correspondiente procedimiento Administrativo en el que haya sido parte el titular registral o sus causahabientes, lo cual es aplicación concreta del principio constitucional de interdicción de la indefensión (artículo 24 de la Constitución).

Resolución de 9-10-2023
BOE 2-11-2023
Registro de la Propiedad de Lora del Río.

BIENES GANACIALES: MUTACIÓN DEL CARÁCTER DE LOS BIENES.

Para incorporar un bien al patrimonio ganancial, además del necesario negocio causalizado, es preciso el consentimiento de ambos cónyuges.

La sociedad legal de gananciales constituye un régimen económico-matrimonial, de tipo comunitario, que se articula en torno al postulado según el cual se hacen 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. Bien es verdad que en las adquisiciones onerosas, en caso de que no se aplique el denominado principio de subrogación real (con arreglo al cual los bienes adquiridos tienen la misma naturaleza privativa o ganancial que tuviesen los fondos utilizados o la contraprestación satisfecha), para evitar el desequilibrio entre los distintos patrimonios de los cónyuges, surge como contrapeso el correspondiente derecho de reembolso (a favor del patrimonio que sufraga la adquisición) consagrado en el artículo 1358 del Código Civil.

Ciertamente, el principio de autonomía de la voluntad de los cónyuges casados en régimen de gananciales permite que, para la determinación del carácter ganancial o privativo de un bien o derecho determinado, los cónyuges puedan, bien en el momento de la adquisición, bien con posterioridad, alterar el carácter que resultaría de aplicar las reglas establecidas en el Código Civil antes referidas.

Por las consideraciones anteriores, el criterio del registrador debe ser confirmado porque, aun cuando consta suficientemente precisada la causa del pretendido desplazamiento al patrimonio ganancial, falta el consentimiento del cónyuge del permutante que es imprescindible para que —con base en el referido principio de autonomía de la voluntad— quede determinado el carácter ganancial de la parte de lo adquirido por permuta a que se refiere el cónyuge otorgante de la escritura calificada.

Resolución de 9-10-2023
BOE 2-11-2023
Registro de la Propiedad de Murcia, número 1.

HERENCIA: PARTICIÓN POR CONTADOR PARTIDOR EXISTIENDO UN LEGATARIO CON DISCAPACIDAD.

Habiendo quedado extinguida la patria potestad prorrogada por muerte de los progenitores del legatario discapaz, no cabe omitir la adecuada citación de los representantes legales en aplicación del art. 1057 del CC.

Por lo que interesa en el presente recurso, entre las medidas de apoyo a las personas con discapacidad no se incluye la patria potestad prorrogada o rehabilitada a que se refería el artículo 171 del Código Civil, suprimido por la Ley 8/2021. Según el apartado III del Preámbulo de este ley, se eliminan por ser «figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone. En este sentido, conviene recordar que las nuevas concepciones sobre la autonomía de las personas con discapacidad ponen en duda que los progenitores sean siempre las personas más adecuadas para favorecer que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir el mayor grado de independencia posible y se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus progenitores, dada la previsible supervivencia del hijo; a lo que se añade que cuando los progenitores se hacen mayores,

a veces esa patria potestad prorrogada o rehabilitada puede convertirse en una carga demasiado gravosa. Es por ello que, en la nueva regulación, cuando el menor con discapacidad llegue a la mayoría de edad se le prestarán los apoyos que necesite del mismo modo y por el mismo medio que a cualquier adulto que los requiera».

Conforme a la disposición transitoria segunda de dicha ley: «Los tutores, curadores, con excepción de los curadores de los declarados pródigos, y defensores judiciales nombrados bajo el régimen de la legislación anterior ejercerán su cargo conforme a las disposiciones de esta Ley a partir de su entrada en vigor. A los tutores de las personas con discapacidad se les aplicarán las normas establecidas para los curadores representativos (...) Quienes ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada continuarán ejerciéndola hasta que se produzca la revisión a la que se refiere la disposición transitoria quinta (...)».

A la vista de esta normativa, no puede compartirse la afirmación de la recurrente según la cual, extinguida la patria potestad rehabilitada —por fallecimiento de su titular— sólo cabe adoptar medidas de apoyo que se limiten a complementar la actuación del afectado por discapacidad y nunca tendrán la consideración de representación legal. De este modo, si en el presente supuesto existiera falta absoluta de discernimiento, la medida de apoyo que habría de sustituir a la extinguida patria potestad rehabilitada debería contemplar la representación, pero a través de la curatela, en su modalidad representativa.

Del art. 1057 CC se desprende que es preceptiva la citación al representante legal de la persona afectada por discapacidad en los supuestos en que de la sentencia que haya establecido las medidas de apoyo así resultara exigible (cfr. artículo 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Asimismo, deberá ser citada la persona que en la correspondiente medida de apoyo dispuesta haya sido designada para asistir o representar en la partición de la herencia al afectado por discapacidad. En el presente caso, mientras no sean judicialmente adoptadas las medidas de apoyo que sustituyan a la extinguida patria potestad rehabilitada, ha de entenderse que debe citarse al Ministerio Fiscal (cfr. el anteriormente transcrito artículo 762 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, ex analogía, el artículo 793.1.5.o de la misma ley, relativo a la citación para formación de inventario en caso de intervención del caudal hereditario); o, si hubiera sido nombrado, al defensor judicial a que se refiere el artículo 295 del Código Civil.

Atendiendo a la «ratio legis» de dicha norma (protección de los sujetos a patria potestad o tutela, así como los que tengan dispuestas medidas de apoyo que atribuyan a determinadas personas la facultad de representar o asistir en la partición de la herencia al afectado por discapacidad), debe entenderse aplicable, además, a los representantes legales o curadores no sólo de los partícipes en la comunidad hereditaria como herederos «ex re certa» y legatarios de parte alícuota sino también a los del legatario de cosa determinada, máxime si —como ocurre en el presente supuesto— se trata de legado en pago de legítima.

Resolución de 10-10-2023
BOE 2-11-2023
Registro de la Propiedad de Ciudad Real, número 2.

VÍAS PECUARIAS: NOTA MARGINAL DE COLINDANCIA A DOMINIO PÚBLICO.

No procede la práctica de una nota marginal relativa al hecho de que la finca colinda con una vía pecuaria.

En cuanto a la cuestión de fondo, la publicidad del procedimiento de deslinde se contempla en el artículo 8, apartado 5, de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias que dispone que «cuando los interesados en un expediente de deslinde aporten títulos inscritos en el Registro de la Propiedad sobre terrenos que pudieran resultar incluidos en el dominio público, el órgano que tramite dicho expediente lo pondrá en conocimiento del Registrador a fin de que por éste se practique la anotación marginal preventiva de esa circunstancia». Con independencia de la imprecisión del texto legal sobre el asiento legal («anotación marginal preventiva»), lo que resulta indudable es que la publicidad registral mediante un asiento en la finca sólo se contempla una vez iniciado el procedimiento de deslinde y con intervención de los interesados. En ningún caso puede admitirse la práctica de asientos sobre las fincas sin que el titular haya sido parte en el procedimiento.

Corresponde al registrador, dentro de los límites de su función calificadora de los documentos administrativos, examinar, entre otros extremos, la observancia de los trámites esenciales del procedimiento seguido, a fin de comprobar el cumplimiento de las garantías que para los particulares están establecidas por las leyes y los reglamentos, con el exclusivo objeto, como tiene declarado este Centro Directivo, de que cualquier titular registral no pueda ser afectado si, en el procedimiento objeto de la resolución, no ha tenido la intervención prevista por la Ley.

Por otra parte, la nota marginal previa al inicio del expediente de deslinde no está prevista en la normativa reguladora de las vías pecuarias, ni tampoco se prevé en la normativa general de las Administraciones Públicas. Ahora bien, el artículo 9, letra a), de la Ley Hipotecaria dispone que «cuando conste acreditada, se expresará por nota al margen la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente, con expresión de la fecha a la que se refiera». En esta previsión legal podría tener encaje la nota marginal cuya solicitud motiva este recurso. Sin embargo, en el concreto supuesto analizado en este expediente, el contenido de la solicitud de la Administración y de la nota pretendida adolece una falta de determinación total acerca de ninguna circunstancia afectante a la finca, ya que se limita a expresar la colindancia con una vía pecuaria, lo cual ya resulta de la propia descripción de la finca (cfr. artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento); advierte la posibilidad de un eventual deslinde, sin concretar siquiera si efectivamente la finca pudiera verse afectada por ello y en qué medida; además de recordar los efectos legales del deslinde, cuestión que resulta de la propia ley. Por tanto, tampoco puede practicarse la nota marginal solicitada al amparo de este precepto, pues no resulta una concreta calificación urbanística, medioambiental o administrativa de la finca más allá de su colindancia con una vía pecuaria y no resulta de la solicitud la intervención del titular de la finca.

No obstante lo anterior, la protección registral que la Ley otorga al dominio público no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito, incluso al no deslindado formalmente (pues el deslinde tiene un valor declarativo y no constitutivo: vid. Resolución de 23 de enero de 2014, fundamento de Derecho séptimo), pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción.

Como se deduce de los artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria al objeto de hacer constar en el Registro de la Propiedad una resolución administrativa en los términos que pretende la Administración recurrente, deberá realizarse mediante el correspondiente procedimiento Administrativo en el que haya sido parte el titular registral o sus causahabientes, lo cual es aplicación concreta del principio constitucional de interdicción de la indefensión (artículo 24 de la Constitución).

Resolución de 10-10-2023
BOE 2-11-2023
Registro de la Propiedad de Badajoz, número 3.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: NECESARIA INTERVENCIÓN DEL TITULAR REGISTRAL.

No puede inscribirse una escritura de segregación si no está otorgada por el titular registral de la finca matriz.

El presente expediente tiene por objeto determinar si el propietario, declarado judicialmente, de parte de una finca registral, puede practicar por sí mismo la preceptiva previa segregación sin contar con el consentimiento del titular registral, ni acreditar un expreso pronunciamiento judicial en tal sentido. Esta Dirección General ya ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones (vid. Resoluciones 23 de septiembre de 2004 y 9 de febrero de 2007) respecto de la aplicación del principio de tracto sucesivo en relación con las segregaciones. Así, el artículo 20 de la Ley Hipotecaria exige para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, que conste previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorga o a cuyo nombre sean otorgados los actos referidos.

Pues bien, en el supuesto del presente recurso estos principios son vulnerados ya que la escritura de segregación cuya inscripción se pretende aparece otorgada por persona distinta del actual titular registral, sin que los documentos complementarios presentados por el recurrente sirvan para subsanar este defecto. En conclusión, no corresponde al titular de una parte de la finca matriz determinar unilateralmente a qué concreta porción se refiere, debiendo en todo caso contar con el consentimiento de sus titulares registrales o con una expresa declaración judicial en sede de ejecución de sentencia.

Resolución de 11-10-2023
BOE 2-11-2023
Registro de la Propiedad de Madrid, número 38.

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: REQUISITOS.

No cabe acceder a la tramitación de un expediente del art. 201 LH si se manifiesta que lo que se pretende es modificar las superficies de una operación de segregación que en su día fue inscrita.

Por tanto, el presente recurso tiene por objeto determinar si el expediente previsto en el artículo 201 de la Ley Hipotecaria es el cauce adecuado para rectificar una segregación ya practicada, aumentando la cabida de la finca resto como consecuencia de la menor superficie de una de las segregadas. Con la rectificación de superficie pretendida, no se pretende consignar un dato erróneo de superficie, sino que se pretende la constancia de una nueva realidad física, distinta de la amparada por la escritura de segregación, por lo que no se cumple con la reiterada doctrina de esta Dirección General sobre la inscripción de los excesos de cabida.

Resolución de 13-10-2023
BOE 2-11-2023
Registro de la Propiedad de Terrassa, número 3.

SOCIEDADES MERCANTILES: ACTIVOS ESENCIALES.

Puede el registrador estimar aplicable el art. 160 de la LSC en un caso en el que de la consulta de las cuentas anuales resulta con claridad que el valor económico de los bienes transmitidos supera al del activo de la sociedad.

Como cuestión previa, respecto de las alegaciones del recurrente sobre el hecho de que la escritura haya sido inscrita, respecto de determinadas fincas donadas, en otros registros de la Propiedad, debe recordarse que, como ha reiterado este Centro Directivo, el registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción, no está vinculado por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación o de la anterior presentación de otros títulos, y ello por aplicación del principio de independencia en ese ejercicio de su función, dado que debe prevalecer la mayor garantía de acierto en la aplicación del principio de legalidad por razones de seguridad jurídica.

Aun cuando se trate de sociedades con objeto claramente lucrativo (como acontece es en este caso con una sociedad cuyo objeto social consistente en la fabricación y compraventa de muebles en general, así como la compraventa, promoción y explotación de inmuebles, entre otras actividades) debe partirse, por una parte, de la capacidad general de la sociedad como sujeto de derecho para realizar actos jurídicos, según resulta de los artículos 38 del Código Civil y 116, párrafo segundo, del Código de Comercio, salvo aquellos que por su propia naturaleza o por hallarse en contradicción con las disposiciones legales no pueda ejecutar (vid. la Resolución de 2 de febrero de 1966).

Por otra parte, como afirmó esta Dirección General en las citadas Resoluciones de 20 de enero de 2015 y 11 de abril de 2016, debe distinguirse entre el objeto social —diferente de ese fin genérico o social que es la obtención de lucro o ganancia, o las meras ventajas desde la perspectiva del concreto objeto social—, y los actos aislados que aunque se otorguen con carácter de liberalidad pueden admitirse, como expresa la Resolución de 2 de febrero de 1966 «bien porque —como sucede con los regalos propagandísticos— beneficien indirectamente a la Sociedad, y podrán entrar dentro del concepto de gasto ordinario o extraordinario de la Empresa social a que hace referencia el art. 105 de la Ley de Sociedades Anónimas, bien

porque se hagan con cargo a beneficios o reservas libres o porque se pretenda remunerar en cuantía no exorbitante ciertos servicios prestados por un antiguo empleado no exigibles legalmente — contemplados en el art. 619 del CC— (...), bien porque en casos excepcionales y aun para cuestaciones o contribuciones regulares y por razones impuestas por un comportamiento de solidaridad social u otras igualmente atendibles deba admitirse, incluso en esferas alejadas de la Empresa, la donación pura y simple, como ya ha reconocido la jurisprudencia de algún país europeo». Igualmente, en la Resolución de 22 de noviembre de 1991 este Centro Directivo admitió la realización de actos de liberalidad cuando, por sus características, no comprometan la preponderancia del sustancial objeto lucrativo; y esta posibilidad cuenta con reconocimiento en la legislación fiscal —cfr. artículos 14, números 1.e) y 3, y 15.2.a) del texto refundido la de Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo—.

Conviene recordar que, como ha puesto de relieve esta Dirección General en Resolución de 17 de septiembre de 2015, la cuestión (ligada a la capacidad general de la sociedad para realizar actos jurídicos) relativa al ámbito de representación de los administradores de sociedades de capital en el ejercicio de su cargo ha sido solventada ya en nuestro Derecho, en el sentido de que, para los actos comprendidos en el objeto social, son ineficaces frente a terceros las limitaciones impuestas a las facultades de representación de los administradores, aunque están inscritas en el Registro Mercantil. Y para los actos que no estén comprendidos en el objeto social, la sociedad queda obligada también frente a terceros de buena fe.

Pero, en el presente caso concurren unas especiales circunstancias que no pueden conducir sino a confirmar la calificación negativa emitida, dada la entidad del valor de los bienes donados, pues no queda garantizado que se cumplan las normas imperativas sobre protección del capital social.

El hecho de que la norma se refiera a un concepto jurídico indeterminado —«activos esenciales»— comporta evidentes problemas de interpretación. Pero, sin duda, son las consecuencias que haya de tener la omisión de la aprobación de la junta general lo que debe tomarse en consideración para determinar, en el ámbito de la seguridad jurídica preventiva, la forma de actuar del notario y del registrador. Ciertamente, no es de aplicación la inoponibilidad frente a terceros de las limitaciones voluntarias al poder de representación de los administradores (artículos 234.1 de la Ley de Sociedades de Capital, al que se remite el artículo 161. Cfr., asimismo, los artículos 479.2 y 489, relativos a la sociedad anónima europea), toda vez que se trata de un supuesto de atribución legal de competencia a la junta general con la correlativa falta de poder de representación de aquéllos. Cuestión distinta es la relativa a la posible analogía que puede existir entre el supuesto normativo del artículo 160.f) y el de los actos realizados por los administradores con extralimitación respecto del objeto social inscrito frente a los que quedan protegidos los terceros de buena fe y sin culpa grave ex artículo 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Ciertamente, en el procedimiento registral se trata de hacer compatible la efectividad del derecho a la inscripción del título con la necesidad de impedir que los actos que estén viciados accedan al Registro, dada la eficacia protectora de éste. Ahora bien, es igualmente cierto que en nuestro sistema registral no se exige la afirmación por los otorgantes sobre la inexistencia de un vicio invalidante; y la

facultad que se atribuye al registrador para calificar esa validez —a los efectos de extender o no el asiento registral solicitado—, implica la comprobación de que el contenido del documento no es contrario a la ley imperativa o al orden público, ni existe alguna falta de requisitos esenciales que vicie el acto o negocio documentado. Por ello, sólo cuándo según los medios que puede tener en cuenta al calificar el título presentado pueda apreciar el carácter esencial de los activos objeto del negocio documentado podrá controlar que la regla competencial haya sido respetada, sin que pueda exigir al representante de la sociedad manifestación alguna sobre tal extremo.

Ciertamente, no existe una obligación de consultar las últimas cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil, dado el ámbito el ámbito legal de las facultades representativas de los administradores conforme al referido artículo 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Pero, en el presente caso (en el que ni siquiera el órgano de administración realiza manifestación alguna sobre el carácter no esencial de los activos donados), dado que los activos del último balance aprobado en el momento de la donación —el del año 2016— ascendían a 1.104.172,50 euros y el valor de los bienes donados ascienden en su conjunto a 1.581.821 euros, debe concluirse que dicha donación tiene trascendencia equiparable a una modificación estructural o estatutaria significativa o altera de forma sustancial el cálculo original del riesgo que asumió el socio, de modo que está justificada la atribución de la decisión a los socios reunidos en la junta general.

Resolución de 20-10-2023
BOE 4-11-2023
Registro de la Propiedad de San Juan de Aznalfarache.

LEGADO: REVOCACIÓN POR ENEAJENACIÓN DE LA COSA LEGADA.

Ha de entenderse revocado el legado de una finca que había sido enajenada por el testador por medio de contrato, aunque esa venta no se haya consumado. Lo que no es posible es que el heredero se adjudique la finca.

Según el primero de los defectos, la registradora señala que «el contrato de arras es un contrato perfecto, pero no consumado, y, al no existir una verdadera enajenación consumada, no queda automáticamente revocado el legado». Ciertamente, es habitual en los documentos privados que haya ciertas discrepancias entre las expresiones que se vierten en los mismos, pero lo esencial es que la voluntad de las partes quede expresada de forma cristalina y que concurran en el contrato los elementos esenciales del mismo: consentimiento, objeto y causa. En definitiva, como alegan la recurrente y el notario autorizante, son numerosos los apartados del documento y del texto de la escritura en los que se emplea los términos vendedor y comprador, determinación del precio, acuerdos, formas de desembolso y especialmente la entrega realizada de parte del precio que está acreditada con la transferencia bancaria de fecha de la firma del documento privado, por lo que debe entenderse que se trata de un contrato de compraventa efectivo.

En este punto hay que distinguir entre las arras confirmatorias, que son aquellas en las que el comprador entrega una suma de dinero a cuenta del precio conve-

nido, por lo que no son más que un anticipo del precio y por tanto no cumplen una función de garantía ni autorizan para desistir del contrato; las arras penitenciales, que son las arras que autorizan el desistimiento, por lo que cualquiera de los contratantes puede desligarse del contrato unilateralmente, por su sola voluntad, y sin que la otra parte pueda exigir el cumplimiento ni cualquier clase de indemnización; y las arras penales, que son aquellas que funcionan como una garantía del cumplimiento del contrato, sustituyendo la indemnización de daños y perjuicios, pero sin autorizar el desistimiento, es decir, que si el comprador incumple, el vendedor puede optar entre retener las arras en concepto de indemnización de daños y perjuicios o bien exigir el cumplimento, y si es el vendedor quien incumple, el comprador podrá optar entre exigir el cumplimiento o recuperar las arras duplicadas. En este caso se trataría en su caso de unas arras confirmatorias o penales, pero no penitenciales.

El documento privado que se testimonia en la escritura de herencia de este supuesto, es un contrato de compraventa perfeccionada pero no consumada; y, a los efectos de la cuestión planteada, la perfección del contrato de compraventa, aunque no se haya producido la entrega de la cosa vendida, produce los efectos propios de las enajenaciones. Es doctrina mayoritaria que la revocación del legado dependerá exclusivamente del acto de enajenar, independientemente de que se haya o no consumado antes del fallecimiento del causante. No obsta al efecto revocatorio de la enajenación que la posible contraprestación se mantenga y sea identificable en el patrimonio del testador hasta su muerte. El hecho de que la enajenación se condicione suspensivamente o se aplace con un término inicial que se cumplan tras el fallecimiento del testador no obsta al efecto revocatorio de las mismas, teniendo en cuenta que el consentimiento para la enajenación se ha expresado en vida y los efectos son retroactivos del cumplimiento de las mismas.

El segundo de los defectos señala que resulta incongruente que el heredero manifieste en la escritura que el legado queda revocado por haberla enajenado el testador en documento privado de compraventa y que a continuación proceda a adjudicarse él mismo la finca por título de herencia, dado que en su caso pertenecería a un tercero. En este supuesto, la finca fue enajenada, por lo que no forma parte del caudal hereditario, a diferencia de los casos en los que hay un compromiso de disponer de algo.

En el presente supuesto, de las consideraciones anteriormente expuestas sobre la existencia de un verdadero contrato de compraventa, llegamos a la conclusión de que se trata de un documento privado que debe elevarse a público por el heredero universal, de modo que, en su caso, será inscribible la escritura de formalización de dicho contrato privado. Por ello, no procede que se adjudique la finca al heredero y se inscriba a nombre de este para luego transmitirla al comprador, pues el artículo 20, párrafo quinto, de la Ley Hipotecaria («tampoco será precisa dicha inscripción previa para inscribir los documentos otorgados por los herederos: Primero. Cuando ratifiquen contratos privados realizados por su causante, siempre que consten por escrito y firmados por éste») exceptúa de la necesidad de inscripción previa a favor de los herederos aquellos los documentos que éstos otorguen ratificando el contrato privado de compraventa concertado por el causante. Es consecuente que no hayan sido legitimadas las firmas del documento privado, que, en su caso, en la elevación a público del documento privado,

los compradores habrán de reconocer como suyas y el heredero reconocerá la de la testadora-vendedora, de conformidad con los dispuesto en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria: «(...) ratifiquen contratos privados realizados por su causante, siempre que consten por escrito y firmados por éste (...)».

Es al heredero a quien corresponde por sí solo —junto con los compradores— cumplir con la obligación de elevar a público el contrato privado de compraventa para dar satisfacción al compromiso de su causante y, al legatario, en su caso, reclamar si procede, la entrega de la cosa legada. Por tanto, este tercer defecto debe ser revocado dado que no se ha realizado ni pretendido siquiera la elevación a público del documento privado. Pero, en el caso de ese otorgamiento, bastaría la intervención del heredero y de los compradores.

Resolución de 20-10-2023
BOE 4-11-2023
Registro de la Propiedad de Torredembarra.

HERENCIA: TÍTULO SUCESORIO DE UN CAUSANTE SUJETO AL DERECHO ALEMÁN.

Es admisible como título sucesorio un pacto sucesorio sujeto a la legislación alemana. Sí sería exigible la declaración sobre las deudas de la comunidad de propietarios y la cédula de habitabilidad de acuerdo con la legislación catalana.

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 esta Dirección General, el cual deberá ceñirse a los defectos señalados por el registrador sustituido con los que el registrador sustituto hubiere manifestado su conformidad.

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.

Debe recordarse, como ha puesto de relieve este Centro Directivo (cfr., entre otras, las Resoluciones de 6 de marzo de 2020 y 12 de enero de 2023), que el procedimiento registral es competencia exclusiva de la ley española, cuyas normas son de aplicación preferente, según establece la letra f) de la disposición adicional primera de la Ley 29/2015, siempre que sean compatibles con lo dispuesto en dicha ley. En general, dicho certificado servirá de título formal acreditativo de la cualidad de heredero (cfr. el apartado 2 del artículo 69 del Reglamento), si bien, a

efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad habrá de ser complementado en su caso por los requisitos impuestos por la ley nacional para la práctica de aquélla.

En el presente caso, el título de la sucesión es un pacto sucesorio. Este pacto está indubitadamente sujeto a Derecho alemán tanto en su existencia y validez como título sucesorio, como en cuanto a la determinación de la ley aplicable a la liquidación de la herencia. En España el pacto sucesorio alemán es un título sucesorio incluido en el artículo 14 de la Ley Hipotecaria, aun sujeto a la ley alemana. En la escritura calificada el notario autorizante incorpora los documentos pertinentes que acreditan el título sucesorio y emite juicio sobre la validez y eficacia de este conforme a la ley material aplicable. También transcribe el notario las normas que considera pertinentes y que se refieren a la ley aplicable y al derecho material relativo al régimen económico matrimonial y al de sucesiones. Por ello, y habida cuenta de que ninguna objeción opone en cuanto a la equivalencia funcional de dicha escritura respecto de la que se exige en el ordenamiento español, el defecto, tal como ha sido expresado, no puede ser confirmado.

Por lo que atañe a la compraventa, la registradora exige la manifestación relativa al estado de deudas de la comunidad de propietarios, puesto que la vivienda objeto de la venta es un elemento privativo de una propiedad horizontal.

El artículo 553-5, apartado 2, del Código Civil de Cataluña dispone: «Los transmitentes de un elemento privativo deben declarar que están al corriente de los pagos que les corresponden o, si procede, deben especificar los que tienen pendientes y deben aportar un certificado relativo al estado de sus deudas con la comunidad, expedido por quien ejerce la secretaría, en el que deben constar, además, los gastos comunes, ordinarios y extraordinarios, y las aportaciones al fondo de reserva aprobados pero pendientes de vencimiento. Sin esta manifestación y esta aportación no puede otorgarse la escritura pública, salvo que las partes renuncien expresamente a ellas (...)». En el presente supuesto no existe dicha renuncia, por lo que el defecto debe ser confirmado. También exige la registradora que se acompañe cédula de habitabilidad del inmueble, criterio que, igualmente, debe ser confirmado, por aplicación de lo establecido, con carácter imperativo, en el artículo 26, apartado 2, de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

Resolución de 20-10-2023
BOE 4-11-2023
Registro de la Propiedad de Murcia, número 1.

HERENCIA: PARTICIÓN POR CONTADOR PARTIDOR EXISTIENDO UN LEGATARIO CON DISCAPACIDAD.

Habiendo quedado extinguida la patria potestad prorrogada por muerte de los progenitores del legatario discapaz, no cabe omitir la adecuada citación de los representantes legales en aplicación del art. 1057 del CC.

Por lo que interesa en el presente recurso, entre las medidas de apoyo a las personas con discapacidad no se incluye la patria potestad prorrogada o rehabili-

tada a que se refería el artículo 171 del Código Civil, suprimido por la Ley 8/2021. Según el apartado III del Preámbulo de esta ley, se eliminan por ser «figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone. En este sentido, conviene recordar que las nuevas concepciones sobre la autonomía de las personas con discapacidad ponen en duda que los progenitores sean siempre las personas más adecuadas para favorecer que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir el mayor grado de independencia posible y se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus progenitores, dada la previsible supervivencia del hijo; a lo que se añade que cuando los progenitores se hacen mayores, a veces esa patria potestad prorrogada o rehabilitada puede convertirse en una carga demasiado gravosa. Es por ello que, en la nueva regulación, cuando el menor con discapacidad llegue a la mayoría de edad se le prestarán los apoyos que necesite del mismo modo y por el mismo medio que a cualquier adulto que los requiera».

Conforme a la disposición transitoria segunda de dicha ley: «Los tutores, curadores, con excepción de los curadores de los declarados pródigos, y defensores judiciales nombrados bajo el régimen de la legislación anterior ejercerán su cargo conforme a las disposiciones de esta Ley a partir de su entrada en vigor. A los tutores de las personas con discapacidad se les aplicarán las normas establecidas para los curadores representativos (...) Quienes ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada continuarán ejerciéndola hasta que se produzca la revisión a la que se refiere la disposición transitoria quinta (...)».

A la vista de esta normativa, no puede compartirse la afirmación de la recurrente según la cual, extinguida la patria potestad rehabilitada —por fallecimiento de su titular— sólo cabe adoptar medidas de apoyo que se limiten a complementar la actuación del afectado por discapacidad y nunca tendrán la consideración de representación legal. De este modo, si en el presente supuesto existiera falta absoluta de discernimiento, la medida de apoyo que habría de sustituir a la extinguida patria potestad rehabilitada debería contemplar la representación, pero a través de la curatela, en su modalidad representativa.

Del art. 1057 CC se desprende que es preceptiva la citación al representante legal de la persona afectada por discapacidad en los supuestos en que de la sentencia que haya establecido las medidas de apoyo así resultara exigible (cfr. artículo 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Asimismo, deberá ser citada la persona que en la correspondiente medida de apoyo dispuesta haya sido designada para asistir o representar en la partición de la herencia al afectado por discapacidad. En el presente caso, mientras no sean judicialmente adoptadas las medidas de apoyo que sustituyan a la extinguida patria potestad rehabilitada, ha de entenderse que debe citarse al Ministerio Fiscal (cfr. el anteriormente transcrito artículo 762 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, ex analogía, el artículo 793.1.5.o de la misma ley, relativo a la citación para formación de inventario en caso de intervención del caudal hereditario); o, si hubiera sido nombrado, al defensor judicial a que se refiere el artículo 295 del Código Civil.

Atendiendo a la «ratio legis» de dicha norma (protección de los sujetos a patria potestad o tutela, así como los que tengan dispuestas medidas de apoyo que atribuyan a determinadas personas la facultad de representar o asistir en la partición de la herencia al afectado por discapacidad), debe entenderse aplicable,

además, a los representantes legales o curadores no sólo de los partícipes en la comunidad hereditaria como herederos «ex re certa» y legatarios de parte alícuota sino también a los del legatario de cosa determinada, máxime si —como ocurre en el presente supuesto— se trata de legado en pago de legítima.

Resolución de 25-10-2023
BOE 21-11-2023
Registro de la Propiedad de Palencia, número 1.

PROPIEDAD HORIZONTAL: INSCRIPCIONES A FAVOR DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS.

Aunque se mantiene la doctrina de que la comunidad de propietarios no puede, salvo en situaciones excepcionales, ser titular registral de bienes y derechos, aunque se admite en este caso, porque, en realidad, se está incorporando un elemento común.

El régimen de propiedad horizontal se caracteriza por la existencia de un único derecho de propiedad cuyo objeto es complejo: el piso, local o departamento privativo —es decir, un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente— y la participación inseparable en la titularidad de los elementos, pertenencias y servicios comunes del edificio (cfr. artículos 3 de la Ley sobre propiedad horizontal y 396 del Código Civil). Se atribuye a la junta de propietarios, como órgano colectivo, amplias competencias para decidir en los asuntos de interés de la comunidad (cfr. artículos 14 y 17 de la Ley sobre propiedad horizontal), si bien tratándose de determinados acuerdos sólo serán válidos cuando se adopten por los propietarios en los términos previstos en la regla sexta del artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, es decir por unanimidad.

La falta de personalidad jurídica de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal ha sido sostenida por este Centro Directivo, extrayendo de ello su corolario registral en el sentido de no admitir la posibilidad de que a favor de estas comunidades como tales, pueda inscribirse en el Registro de la Propiedad el dominio de bienes inmuebles. No por ello puede entenderse que actúa como una comunidad ordinaria de bienes sino que, como ya afirmó la Resolución de 12 de febrero de 2016, se la debe considerar como un ente de proyección jurídica propia que actúa a través de su representante.

No obstante lo anterior, actualmente debe tenerse en cuenta que la nueva redacción del artículo 9 de la Ley Hipotecaria, por el artículo 1.1 de la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, permite no sólo practicar anotaciones preventivas de demanda y embargo a favor de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal, sino que admite que también sea titular registral «(...) cuando sea el caso, el patrimonio separado a cuyo favor deba practicarse aquélla, cuando éste sea susceptible legalmente de ser titular de derechos u obligaciones».

Por otra parte, este Centro Directivo ha admitido excepcionalmente la existencia de casos de inscripciones o anotaciones transitorias, de mero puente, en

favor de colectividades imperfectamente identificadas en su composición, pero plenamente articuladas para su funcionamiento y sin que por ello se resintieran los principios básicos de nuestro sistema registral. En este sentido, ha admitido el acceso registral de bienes a favor de la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal en los supuestos de ejecuciones judiciales, como una consecuencia normal de la ejecución de un embargo por deudas de uno de los propietarios. Ahora bien, esta inscripción a favor de la comunidad de propietarios debe reputarse como una situación excepcional y transitoria, pues no constituye finalidad de las comunidades de propietarios en propiedad horizontal ser titulares permanentes de bienes, por lo que debe considerarse como una situación de tránsito a su posterior transmisión, a su atribución a los copropietarios en proporción a sus cuotas o a su conversión en elemento común.

En el presente caso figura en la escritura como parte compradora la comunidad de propietarios, a la que continuamente se alude como «comunidad compradora», solicitándose asimismo la inscripción de la finca formada por segregación en favor de dicha comunidad. Por ello, según la doctrina expuesta, al carecer de personalidad jurídica la comunidad de propietarios, no puede inscribirse a nombre de la comunidad la porción segregada como departamento privativo de la propiedad horizontal. Sin embargo, resulta indubitado que la porción de finca segregada y vendida a la comunidad de propietarios no pasa a constituir un nuevo elemento privativo sino un elemento común del edificio en el que se integra, sin cuota de participación alguna, siendo así que la cuota que correspondía a la finca matriz es asignada íntegramente a la finca resto, cuya condición de elemento independiente subsiste, modificándose asimismo su descripción, y todo ello como acto de afectación, que comporta la modificación del título constitutivo, llevado a cabo con el acuerdo unánime de la junta de propietarios al amparo de lo establecido en el artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal. En definitiva, a la porción de finca transmitida se le atribuye el carácter de elemento común del edificio, y como tal debe procederse a su reflejo registral.

Resolución de 30-10-2023
BOE 21-11-2023
Registro de la Propiedad de Salou.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO.

Para la inscripción de una escritura de venta basta cuando el notario da fe de que se le ha acreditado la renuncia del arrendatario.

La Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, distingue dentro de su ámbito de aplicación entre los arrendamientos destinados a vivienda y los destinados a otros usos distintos del de vivienda. Se reconoce al arrendatario de local de comercio un derecho de adquisición preferente sobre este, en los términos del citado artículo 25, de cuyo apartado 5 resulta que para inscribir en el Registro de la Propiedad los títulos de venta de locales comerciales arrendados deberá justificarse que han tenido lugar, en sus respectivos casos, las notificaciones prevenidas en los apartados anteriores, con los requisitos en ellos exigidos. Y cuando el local vendido no estuviese arrendado, para que sea inscribible la adquisición, deberá el vendedor declararlo así en la escritura, bajo la pena de falsedad en documento público.

Si se considera suficiente la mera manifestación del vendedor sobre el hecho de que el arrendatario del local vendido ha renunciado al derecho de adquisición preferente, ningún reparo cabe oponer a la inscripción en el presente caso, en el que es el notario autorizante de la escritura de venta quien da fe de que se le ha acreditado dicha renuncia del arrendatario.

Resolución de 31-10-2023
BOE 21-11-2023
Registro de la Propiedad de Vigo, número 3.

RETRACTO DE COLINDANTES: REQUISITOS.

No cabe la aplicación del retracto de colindantes en los casos en que la finca transmitida tenga el carácter de suelo urbanizable.

La jurisprudencia (vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1997 y 26 de febrero de 2010) tradicionalmente ha empleado distintos criterios para definir el carácter de finca rústica o urbana a efectos del ejercicio del retracto de colindantes: su emplazamiento (esto es, si la parcela está situada en el campo o se encuentra próxima al casco urbano); los servicios de los que disfruta (agua, electricidad, saneamiento y acceso rodado); el aprovechamiento primordial al que se destina (si se trata de una explotación agrícola, ganadera o comercial o, por el contrario, la finca se ha destinado a vivienda, industria o comercio); la existencia de construcciones en la misma; o el valor de mercado —que suele ser muy inferior cuando lo que se enajena es una finca rústica—, así como las perspectivas de revalorización de los terrenos.

Ninguno de estos aspectos ha sido tenido en cuenta a la hora de acreditar el carácter de finca rústica del inmueble objeto del retracto. Es más, de las fotografías aéreas que se incorporan en el escrito de recurso más bien resultan indicios (edificaciones, viales,...) que nos conducirían a confirmar que no se trata de una parcela propiamente rústica, sino que responde a su calificación como suelo urbanizable (terrenos que el planeamiento estime necesarios y adecuados para permitir el crecimiento de la población y de la actividad económica o para completar su estructura urbanística).

En cualquier caso, ha de entenderse que la certificación urbanística aportada no acredita que la finca pueda ser considerada como rústica a los efectos del ejercicio del retracto de colindantes, debiéndose confirmar el criterio recogido en la Resolución de esta Dirección General de 10 de marzo de 2021.

Resolución de 31-10-2023
BOE 21-11-2023
Registro de la Propiedad de Vitoria, número 4.

MEDIDAS DE APOYO A LA PERSONA CON DISCAPACIDAD: PREVIA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL.

La DG confirma su criterio de que en los casos de que actúe un curador representativo no es necesario que se acredite la previa inscripción en el RC del cargo,

sino que basta con el testimonio de la resolución judicial y la diligencia de remisión de exhorto al RC correspondiente.

Este Centro Directivo en relación con la prueba del estado civil de las personas que otorguen actos o contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, a los efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, que parte del criterio general de la necesidad de que las distintas circunstancias y hechos relativos al estado civil de las personas, cuando afectan a la titularidad de los derechos inscritos o a la legitimación de los otorgantes, por afectar a la validez del acto o contrato en que intervienen, deben ser acreditados mediante certificación de su inscripción en el Registro Civil, criterio que, según dicha doctrina, aparece reforzado, además, en casos como el presente en que dicha inscripción en el Registro Civil no sólo tiene efectos probatorios y de legitimación, sino también de oponibilidad frente a terceros.

Según la referida doctrina de este Centro Directivo (vid., por todas, las Resoluciones de 18 de octubre de 2006, 28 de octubre de 2014, 26 de octubre de 2021 y 3 de enero y 5 de septiembre de 2023), en tales casos no se trata sólo de probar las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares y medidas de apoyo a la persona con discapacidad, sino que, en tanto no tenga lugar su inscripción en el Registro Civil, no son oponibles frente a terceros, por lo que no deberá accederse a la inscripción en el Registro de la Propiedad de actos o contratos otorgados en nombre de la persona con discapacidad por el representante —o por el afectado por discapacidad con asistencia del curador— sin aquella previa inscripción en el Registro Civil, ya que en caso contrario existe el riesgo de que se produzca una colisión entre la inoponibilidad de la medida de apoyo derivada de su falta de inscripción en el Registro Civil y la oponibilidad del Registro de la Propiedad.

No obstante, esta Dirección estima necesario superar este último criterio y volver al inicialmente sostenido en Resoluciones como las de 14 de mayo de 1984 y 6 de noviembre de 2022, antes citadas. En este sentido debe tenerse en cuenta: a) que la inscripción de la resolución sobre medidas de apoyo y la del cargo de curador no es constitutiva de los hechos inscritos sino que —aparte su oponibilidad— tiene simplemente efectos probatorios y de legitimación, de modo que tal efecto probatorio no es excluyente, pues según el mismo artículo 17 de la Ley de Registro Civil, «en los casos de falta de inscripción o en los que no fuera posible certificar del asiento, se admitirán otros medios de prueba», siendo en el primer caso «requisito indispensable para su admisión la acreditación de que previa o simultáneamente se ha instado la inscripción omitida o la reconstrucción del asiento, y no su mera solicitud»; b) que las resoluciones judiciales sobre medidas de apoyo y sobre el cargo de curador son documentos públicos que constituyen medio de prueba suficiente para acreditar los hechos a que se refieren y su inscripción sólo producen el despliegue de los principios de publicidad y legitimación registral de forma que pueda oponerse el hecho inscrito a quien no conoce el título, pero conociéndolo no puede negarse su eficacia probatoria, y c) que, especialmente en casos de dilación de la inscripción en el Registro Civil por causas ajenas a la voluntad del interesado, ese deseo de conjurar el riesgo de que se produzca una colisión entre la inoponibilidad de la medida de apoyo derivada de su falta de inscripción en el Registro Civil y la oponibilidad de la inscripción de la adquisición de que se trata en el Registro de la Propiedad, no debe prevalecer sobre la necesidad de agilizar

y simplificar el tráfico en la medida en que queden debidamente salvaguardados los intereses de las personas afectadas por las medidas de apoyo. No obstante, en el presente caso debe tenerse en cuenta que la diligencia por la que se ordena remitir exhorto al Registro Civil para la inscripción del auto sobre la medida de apoyo adoptada no se acompañó a la escritura presentada para su inscripción en el Registro de la Propiedad sino que, extemporáneamente, se aporta junto con el escrito de impugnación. Por ello, aunque sería suficiente si es objeto de presentación para su calificación, no puede ser tenido en cuenta para la resolución del presente recurso.

Resolución de 31-10-2023
BOE 21-11-2023
Registro de la Propiedad de Guadalajara, número 1.

VÍAS PECUARIAS: NOTA MARGINAL DE COLINDANCIA A DOMINIO PÚBLICO.

No procede la práctica de una nota marginal relativa al hecho de que la finca colinda con una vía pecuaria.

En cuanto a la cuestión de fondo, la publicidad del procedimiento de deslinde se contempla en el artículo 8, apartado 5, de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias que dispone que «cuando los interesados en un expediente de deslinde aporten títulos inscritos en el Registro de la Propiedad sobre terrenos que pudieran resultar incluidos en el dominio público, el órgano que tramite dicho expediente lo pondrá en conocimiento del Registrador a fin de que por éste se practique la anotación marginal preventiva de esa circunstancia». Con independencia de la imprecisión del texto legal sobre el asiento legal («anotación marginal preventiva»), lo que resulta indudable es que la publicidad registral mediante un asiento en la finca sólo se contempla una vez iniciado el procedimiento de deslinde y con intervención de los interesados. En ningún caso puede admitirse la práctica de asientos sobre las fincas sin que el titular haya sido parte en el procedimiento.

Corresponde al registrador, dentro de los límites de su función calificadora de los documentos administrativos, examinar, entre otros extremos, la observancia de los trámites esenciales del procedimiento seguido, a fin de comprobar el cumplimiento de las garantías que para los particulares están establecidas por las leyes y los reglamentos, con el exclusivo objeto, como tiene declarado este Centro Directivo, de que cualquier titular registral no pueda ser afectado si, en el procedimiento objeto de la resolución, no ha tenido la intervención prevista por la Ley.

Por otra parte, la nota marginal previa al inicio del expediente de deslinde no está prevista en la normativa reguladora de las vías pecuarias, ni tampoco se prevé en la normativa general de las Administraciones Públicas. Ahora bien, el artículo 9, letra a), de la Ley Hipotecaria dispone que «cuando conste acreditada, se expresará por nota al margen la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente, con expresión de la fecha a la que se refiera». En esta previsión legal podría tener encaje la nota marginal cuya solicitud motiva este recurso. Sin embargo, en el concreto supuesto analizado en este expediente,

el contenido de la solicitud de la Administración y de la nota pretendida adolece una falta de determinación total acerca de ninguna circunstancia afectante a la finca, ya que se limita a expresar la colindancia con una vía pecuaria, lo cual ya resulta de la propia descripción de la finca (cfr. artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento); advierte la posibilidad de un eventual deslinde, sin concretar siquiera si efectivamente la finca pudiera verse afectada por ello y en qué medida; además de recordar los efectos legales del deslinde, cuestión que resulta de la propia ley. Por tanto, tampoco puede practicarse la nota marginal solicitada al amparo de este precepto, pues no resulta una concreta calificación urbanística, medioambiental o administrativa de la finca más allá de su colindancia con una vía pecuaria y no resulta de la solicitud la intervención del titular de la finca.

No obstante lo anterior, la protección registral que la Ley otorga al dominio público no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito, incluso al no deslindado formalmente (pues el deslinde tiene un valor declarativo y no constitutivo: vid. Resolución de 23 de enero de 2014, fundamento de Derecho séptimo), pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción.

Como se deduce de los artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria al objeto de hacer constar en el Registro de la Propiedad una resolución administrativa en los términos que pretende la Administración recurrente, deberá realizarse mediante el correspondiente procedimiento Administrativo en el que haya sido parte el titular registral o sus causahabientes, lo cual es aplicación concreta del principio constitucional de interdicción de la indefensión (artículo 24 de la Constitución).

Resolución de 31-10-2023
BOE 21-11-2023
Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 4.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: REQUISITOS.

No procede la práctica de una anotación de embargo si la finca embargada no aparece descrita en el mandamiento y el demandado no es el titular registral.

Es continua doctrina de esta Dirección General (vid., por todas, Resoluciones de 14 de julio de 2017, 22 de enero de 2021 y 8 de febrero de 2022, basadas en el contenido del artículo y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, Sentencia de 22 de mayo de 2000), que el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación es o no ajustada a Derecho. Igualmente es doctrina reiterada (vid., por todas, Resolución de 19 de enero de 2015), que el recurso no es la vía adecuada para tratar de subsanar los defectos apreciados por el registrador.

Establecido lo anterior, resulta con claridad que el recurso no puede prosperar. En primer lugar, porque el mandamiento que ordena tomar anotación preventiva de embargo carece por completo de cualquier descripción de las fincas registrales sobre las que debería tomarse razón de tal medida cautelar.

Procede igualmente la confirmación del segundo defecto en tanto que las fincas constan inscritas a nombre de persona distinta al demandado en el procedimiento del que emana la traba de embargo sobre una cuota catastrada a su nombre de distintas parcelas. Como pusiera de relieve la Resolución de 21 de noviembre de 2019 (5.ª), que guarda un gran paralelismo con el supuesto de hecho de la presente, 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 (artículo 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. En efecto, las exigencias del principio de tracto sucesivo han de confirmar la nota recurrida, toda vez que el procedimiento del que dimana el mandamiento calificado no aparece entablado contra los titulares registrales en el momento de presentación del mandamiento calificado. Además, no se acredita ni el fallecimiento de los titulares registrales ni la condición de heredero del demandado para que pudiera darse cumplimiento a lo previsto en el artículo 166 del Reglamento Hipotecario y por tanto se procediera a la práctica de la anotación sobre tal inmueble «en la parte de corresponda el derecho hereditario del deudor».

Resolución de 23-10-2023
BOE 22-11-2023
Registro de la Propiedad de Moncada, número 1.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No puede inscribirse una base gráfica si existen dudas fundadas de la identidad de la finca.

Según el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, corresponde al registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas, decidir motivadamente según su prudente criterio. Hha 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 (vid. 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).

En el presente caso, la controversia versa sobre la titularidad de un supuesto camino que discurre por el lindero de la finca agrupada con las dos fincas cuyos titulares han formulado alegaciones contradictorias. Sin necesidad de entrar a valorar tales alegaciones y las diversas pruebas aportadas, como también podría valorarse la propia descripción de la finca número 3 del título cuando alude al lindero norte, «paso de carro propio de la finca matriz en medio», o por el oeste, «con el resto de la que segregó, camino en medio», lo cierto es que esta Dirección General no puede desconocer el haberse interpuesto una acción judicial mediante demanda de tutela sumaria de la posesión, lo que constituye elemento suficiente para justificar el carácter contencioso de la cuestión. Ello no obsta a que el intere-

sado, una vez conocido el pronunciamiento judicial, en caso de ser favorable a su interés, por no estimar justificados los títulos de los demandantes, pueda promover de nuevo la inscripción gráfica solicitada.

Resolución de 23-10-2023
BOE 22-11-2023
Registro de la Propiedad de Valencia, número 8.

BIENES DE LA IGLESIA CATÇOLICA: ENAJENACIÓN DE FINCA POR UNA CONGREGACIÓN RELIGIOSA.

Para la enajenación de una finca por una congregación religiosa ha de estarse a lo establecido en sus estatutos y no será necesaria la licencia de la Santa Sede si no se supera el valor de 1500000 euros.

Ciertamente, los estatutos, reglas o constituciones son, junto con los poderes y certificaciones, los elementos a través de los cuales el Notario emite su juicio de suficiencia, por lo que debe determinarse si este ha sido realizado o no correctamente. Esta cuestión debe resolverse con el mismo criterio que siguió este Centro Directivo en Resolución de 23 de junio de 2021 (reiterado en otras posteriores, como las de 8 de octubre y 8 de noviembre de 2021, entre otras).

En las citadas Sentencias de 20 y 22 de noviembre de 2018 y 1 de junio de 2021 se afirma que cuando se trata de un poder conferido por una sociedad mercantil que no consta inscrito, el notario autorizante debe, bajo su responsabilidad, comprobar de forma rigurosa la validez y vigencia del poder otorgado por dicha sociedad y dejar constancia de que ha desarrollado tal actuación, de forma que la reseña del documento auténtico del que resulta la representación exprese las circunstancias que, a juicio del notario, justifican la validez y vigencia del poder en ejercicio del cual interviene el apoderado, ya se trate de un poder general no inscrito, ya de un poder especial. Y el registrador debe revisar que el título autorizado permita corroborar que el notario ha ejercido su función de examen de la existencia y vigencia del poder y de la suficiencia de las facultades que confiere de forma completa y rigurosa, y que este juicio sea congruente con el contenido del título presentado, es decir, que resulte del contenido del juicio de suficiencia que dicha suficiencia se predica respecto del negocio jurídico otorgado, con la precisión necesaria para que no quepan dudas de que el notario ha calificado correctamente el negocio de que se trata y referido al mismo la suficiencia o insuficiencia de las facultades representativas.

Debe concluirse que esa reseña del documento auténtico del que resulta la representación expresa las circunstancias precisas para que la registradora pueda revisar que el título autorizado permite corroborar que el notario ha ejercido su función de valoración de la existencia y vigencia del poder y de la suficiencia de las facultades que confiere de forma completa y rigurosa, y que este juicio es congruente con el contenido del título presentado.

El segundo de los defectos señala que la certificación protocolizada expedida por la secretaria general, de la que resulta que la superiora general con el voto deliberativo del Consejo acuerda la venta y que también se acompaña, no se encuentra debidamente autenticada ni sus firmas legitimadas, careciendo de carácter

fehaciente. El artículo 35 del Reglamento Hipotecario establece lo siguiente: «Los documentos Pontificios expedidos con el fin de acreditar el cumplimiento de requisitos prescritos en el Derecho Canónico para el otorgamiento de actos y contratos en que esté interesada la Iglesia, traducidos y testimoniados por los ordinarios Diocesanos son documentos auténticos, sin necesidad de estar legalizados». Así pues, para considerarlo como auténtico, bastará la traducción y testimonio por el Ordinario Diocesano del documento pontificio de que se trate, sin necesidad de ninguna legalización, y, dado que, en el supuesto concreto, el documento está extendido en idioma español, no necesita la traducción y testimonio por el Ordinario Diocesano, por lo que no requiere de ninguna legalización.

La erección de la Congregación a que se refiere este expediente es anterior a los citados acuerdos con la Santa Sede y consta inscrita en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia. A cada uno de dichos tipos de personas jurídicas se aplica un régimen jurídico diferente: uno, para el primer grupo, esto es, la enajenación de bienes eclesiásticos de las parroquias, diócesis y circunscripciones territoriales; y otro, para los Institutos, y siendo que en el supuesto concreto se trata de un Instituto de Vida Consagrada, es aplicable a la enajenación de que se trata en la escritura calificada, que es el propio de la enajenación de bienes de personas jurídicas de Derecho Canónico distintas de las parroquias, diócesis y circunscripciones territoriales y aplicable, por tanto, a las órdenes, congregaciones religiosas y otros institutos de vida consagrada y sus provincias y sus casas. A estos efectos, el 25 de marzo de 2018 el santo padre ha aprobado y autorizado la publicación del documento de la Congregación para los Institutos de vida consagrada y las Sociedades de vida apostólica denominado «Cor Orans» —Corazón Orante— que es una Instrucción aplicativa de la Constitución Apostólica «Vultum Dei quaerere» sobre la vida contemplativa femenina —Monjas de la Congregación para los Institutos de Vida Consagrada y las Sociedades de Vida Apostólica—, que constituye y forma parte del Derecho Canónico positivo, de acuerdo con cuyos preceptos han de interpretarse las normas canónicas relativas a este tipo de personas morales.

Recapitulando, a la vista de este conjunto normativo, si se trata de personas jurídicas sujetas al Obispo diocesano (ámbito territorial, esto es, parroquias, diócesis...) rigen los límites mínimos, de 150.000 euros, y máximo, de 1.500.000 euros para las autorizaciones del Ordinario de la Diócesis (normalmente el obispo o arzobispo). Pero, si se trata de personas jurídicas no sujetas al obispo diocesano (ámbito institucional), la autoridad competente se determina, en primer lugar, por los propios estatutos y por la Instrucción «Cor Orans» y, si el valor es superior a la cantidad máxima (1.500.000 euros), se requiere para la validez de la enajenación también la licencia de la Santa Sede. En el supuesto concreto, la naturaleza jurídica de la «Congregación de las Hermanas Terciarias Capuchinas de la Sagrada Familia» es la de una Sociedad de Vida Apostólica de Derecho Pontificio de la Iglesia Católica, por lo que se ubica su regulación en el ámbito institucional; y siendo que el valor de lo enajenado no supera el límite de 1.500.000 euros que requeriría la autorización de la Santa Sede, se entiende suficiente el acuerdo de la superiora general con su Consejo. Como esta autorización se aporta a la escritura, se cumplen todos los requisitos en cuanto a autorizaciones exigidos por el Derecho Canónico. Otra cosa sería si se superara la citada cantidad en cuyo caso precisaría de la autorización de la Santa Sede.

Resolución de 23-10-2023
BOE 22-11-2023
Registro de la Propiedad de Cangas de Narcea-Tineo.

INMATRICULACIÓN POR SENTENCIA JUDICIAL: REQUISITOS.

No cabe la inmatriculación de una finca por sentencia dictada en juicio declarativo en el que no se dio cumplimiento a lo establecido en el art. 204 LH.

Se ha de partir de la doctrina reiterada por este Centro Directivo (vid. Resolución de 9 de febrero de 2022) según la cual en juicio declarativo ordinario es posible la inmatriculación de fincas, sin necesidad de acudir a los procedimientos de inmatriculación específicos previstos en la Ley Hipotecaria, siguiendo la línea marcada en las Resoluciones de esta Dirección General. La reforma de la Ley Hipotecaria llevada a cabo por la Ley 13/2015, de 24 de junio, ha recogido en el artículo 204.5.º este título inmatriculador, aunque estableciendo una serie de cautelas o requisitos complementarios. Para que una sentencia declarativa sirva de título inmatriculador es preciso que «expresamente ordene la inmatriculación» en el que «hayan sido demandados todos los que, de conformidad con lo establecido en el artículo 203, deban intervenir en el expediente» y además se observen «las demás garantías prevenidas en dicho artículo». Debe tenerse en cuenta, que una sentencia declarativa solo tiene efectos entre las partes que han intervenido en el juicio y no respecto de terceros.

No resulta de la sentencia presentada, que la finalidad perseguida por la actora, en su demanda, sea obtener un título formal para inmatricular, ni que junto con la interposición de la demanda se solicite también la rectificación del Registro (artículo 40 de la Ley Hipotecaria), ni que se someta a la consideración del juzgador, ni se le solicite petición distinta a la resolución de un conflicto de titularidad de unos inmuebles entre particulares. Es por ello, que la sentencia no ordena la inmatriculación de la finca, ni contiene ningún mandato dirigido directamente al Registro de la Propiedad (artículo 40 de la ley Hipotecaria).

Resolución de 24-10-2023
BOE 22-11-2023
Registro de la Propiedad de Vitoria, número 5.

HERENCIA: DESHEREDACIÓN.

Se hace un repaso de los requisitos, la eficacia y la forma de proceder en el caso de inscripción de una herencia con algún legitimario desheredado.

Para inscribir la adjudicación hereditaria en caso de desheredación de algún legitimario es necesario que se cumplan los siguientes requisitos que, entre otros, son propios de toda desheredación: a)que dicha privación de la legítima se funde en una de las causas de establecidas en la ley y sea expresada en el testamento (artículos 848 y 849 del Código Civil). b)que la certeza de la causa expresada no sea negada por los desheredados o, si se ha negado, que haya sido probada por los herederos (artículos 850 y 851). c)que, mientras no se declare judicialmente que no es cierta la causa de desheredación, intervengan los hijos o descendientes de

los desheredados (salvo que se trate de un caso en que el testador haya nombrado contador-partidor con facultades para realizar la partición de la herencia de la que resulte que se ha reconocido la legítima a tales herederos forzosos).

En el presente caso, el causante tenía vecindad civil vasca, y, siendo colectiva la legitima de los descendientes en el País Vasco (y aun pudiendo el causante elegir entre qué descendientes distribuirla), el mero hecho de la desheredación no excluye el derecho de los descendientes del desheredado, quienes tienen derecho a tal legitima conforme a lo dispuesto en los artículos 47 y siguientes de la Ley 5/2015, en conexión con los artículo 761. 857 y 929 del Código Civil. Otra cuestión es que, precisamente por ese carácter colectivo de la legítima en el País Vasco, el causante pueda apartar al legitimario que tenga por conveniente, concretando aquélla en cualquiera de sus descendientes. Pero una cosa es el apartamiento y elección de otro descendiente en quien concretar la legítima, y otra es la desheredación, pues en este último caso es la propia ley la que determina quién representa al desheredado.

En este expediente, la primera cuestión planteada en la calificación registral se refiere a la causa de la desheredación expresada respecto de uno de los desheredados en el testamento («desasistencia al testador con ocasión de las operaciones quirúrgicas a las que ha sido sometido»), de modo que debe determinarse si se cumple o no la exigencia de la expresión determinante de al menos una de las causas de desheredación recogidas en el Código Civil. En consecuencia, cabe reconocer que con carácter general en el ámbito extrajudicial gozarán de plena eficacia los actos y atribuciones particionales que se ajusten al testamento, aunque conlleven exclusión de los derechos legitimarios, mientras no tenga lugar la impugnación judicial de la disposición testamentaria que priva de la legítima. Sin embargo, esta doctrina no empece para que se niegue «ab initio» eficacia a las desheredaciones que no se funden en una causa de las tipificadas en la Ley, o que se refieran a personas inexistentes al tiempo del otorgamiento del testamento, o a personas que, de modo patente e indubitado (por ejemplo, un recién nacido) resulte que no tienen aptitud ni las mínimas condiciones de idoneidad para poder haber realizado o ser responsables de la conducta que se les imputa. También debe poder deducirse del título de la sucesión, o del documento atributivo de la herencia, la aptitud genérica del desheredado para serlo.

El Tribunal Supremo ha hecho un esfuerzo para adaptar las causas legales de desheredación a la actual realidad social, constituyendo el punto de inflexión la Sentencia número 258/2014, de 3 de junio, que calificó el maltrato psicológico como justa causa de desheredación. No obstante, como puso de relieve en Sentencia número 419/2022, de 24 de mayo: «En el sistema legal vigente no toda falta de relación afectiva o de trato familiar puede ser enmarcada, por vía interpretativa, en las causas de desheredación establecidas de modo tasado por el legislador. Es preciso ponderar y valorar si, en atención a las circunstancias del caso, el distanciamiento y la falta de relación son imputables al legitimario y además han causado un menoscabo físico o psíquico al testador con entidad como para poder reconducirlos a la causa legal del "maltrato de obra" prevista en el art. 853.2.ª CC». Este mismo criterio ha sido reiterado en la Sentencia 556/2023, de 19 de abril, en un caso en que no se aportó al procedimiento prueba alguna por la heredera demandada —que no compareció— del maltrato psicológico. Afirma que la falta de relación personal prolongada con el padre no permite por sí sola afirmar la existencia de un maltrato psicológico o

de un abandono injustificado, de modo que no cabe configurar una nueva causa de desheredación basada en la sola falta de relación con los hijos prescindiendo de los motivos de la misma y de la posible influencia que la falta de relación haya tenido en la salud física o psicológica del testador.

Como ha recordado esta Dirección General en Resolución de 10 de febrero de 2021, para que la negación de la certeza de la causa de la desheredación prive a ésta de su eficacia debe aquélla realizarse ante los tribunales de Justicia. El desheredado tiene acción para alegar que no es cierta la causa de su desheredación, y la prueba de lo contrario corresponde a los herederos del testador (artículo 850 del Código Civil), pero, como afirma el Tribunal Supremo en Sentencia de 31 de octubre de 1995, esta ventaja es de índole procesal, y más concretamente de naturaleza probatoria, de modo que los hijos del desheredado tienen la cualidad de legitimarios sin necesidad de esperar al resultado del proceso judicial y, por ello, existe litisconsorcio pasivo respecto de aquéllos en la demanda que interponga el desheredado para negar la certeza de la causa. Por lo demás, en el presente caso no puede compartirse el criterio de la registradora cuando sostiene que el mismo testador no considera que tal desasistencia en las intervenciones quirúrgicas constituya un motivo de maltrato, al diferenciar ambas causas respecto del primer hijo. Como afirma la recurrente, esa calificación por parte del testador no puede ser determinante, pues bien puede estar distinguiendo esa desasistencia del maltrato de obra físico, al poder aquella catalogarse, según ha quedado expuesto, como maltrato psicológico.

Según doctrina reiterada de esta Dirección General (vid., entre las más recientes, las Resoluciones de 28 de enero de 2021 y 20 de julio de 2022), es procedente exigir que, si el desheredado carece de descendientes, se manifieste así expresamente por los otorgantes, y, en otro caso, se acredite (mediante acta de notoriedad o cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho) quiénes son esos hijos o descendientes, manifestando expresamente que son los únicos; siendo necesaria su intervención en la operaciones de adjudicación de la herencia (salvo que se trate de un caso en que el testador haya nombrado contador-partidor con facultades para realizar la partición de la herencia de la que resulte que se ha reconocido la legítima a tales herederos forzosos —vid. Resolución de 10 de febrero de 2021—).

Resolución de 24-10-2023
BOE 22-11-2023
Registro de la Propiedad de San Roque.

DOBLE INMATRICULACIÓN: IMPROCEDENCIA DEL EXPEDIENTE CUANDO SE TRAMITA UN PROCEDIMIENTO JUDICIAL.

Si se está tramitando un procedimiento declarativo sobre la cuestión, lo procedente será inscribir la sentencia firme y no tramitar el procedimiento del art. 209 LH.

Con carácter previo, conviene recordar que la calificación sustitutoria no es un recurso de clase alguna, sino que es una auténtica calificación en sustitución de la que efectúa el titular del Registro, porque el legitimado para instar ésta no está conforme con la inicialmente efectuada. En el presente caso el registrador sustituto

ha confirmado la calificación del registrador sustituido por lo que aun cuando el recurso presentado se interpone, según resulta del escrito de interposición, contra la calificación sustitutoria, la presente resolución, conforme al precepto legal señalado, debe limitarse a revisar la calificación sustituida, única legalmente recurrible.

Nos encontramos ante un supuesto de doble (o múltiple) inmatriculación cuando una misma finca o parte de ella, accede al Registro en dos (o más) folios registrales distintos teniendo historiales registrales paralelos que pueden llegar a ser contradictorios. Ssi estando iniciado el expediente registral se plantea un pleito el registrador deberá este archivar inmediatamente el expediente de conformidad con la norma novena del artículo 209.1 de la Ley Hipotecario.

En el presente expediente, se planteó directamente una demanda declarativa de dominio sobre los 2.000 metros controvertidos, decretándose por el Juzgado que pertenecen a don M. H. M., titular de la finca 17.637, pero que figuran en los historiales registrales de las dos fincas afectadas por lo que procede deshacer la doble inmatriculación. Contra dicha sentencia la ahora recurrente plantea un recurso de apelación al que se opone la otra parte. A la vista de dicha oposición, la ahora recurrente (demandante y apelante en el pleito), sin que resulte del expediente haber desistido del recurso, solicita que se inicie el procedimiento del 209 de la Ley Hipotecaria a lo que no accede el registrador. Lo que procede es inscribir directamente la sentencia declarativa de dominio, una vez que se acredite su firmeza, no iniciar el procedimiento previsto en el artículo 209 de la Ley Hipotecaria. Las sentencias declarativas ni necesitan ejecución ni, por ello, son susceptibles de actividades posteriores ejecutorias, con lo que, para la inscripción que se solicita es suficiente el testimonio de la sentencia, una vez que se acredite su firmeza (cfr. Resolución de 24 de enero de 2022).

Resolución de 24-10-2023
BOE 22-11-2023
Registro de la Propiedad de La Pobla de Vallbona.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

Si al tiempo de presentarse el decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas la anotación de embargo estaba ya caducada, solo cabrá la inscripción a favor del adjudicatario si la finca se encuentra aún inscrita a nombre del demandado, sin que quepa la cancelación de cargas posteriores.

En el apartado quinto del escrito de recurso, se refiere el recurrente a la obligación de inscribir, al tratarse de un mandamiento judicial, el respeto a la función jurisdiccional, que corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales que 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, conforme doctrina reiterada de este Centro Directivo, en Resoluciones como la de 6 de marzo de 2019, apoyada en la de nuestro Tribunal Supremo en la Sentencias relacionadas en los «Vistos», que el registrador tiene, sobre tales resoluciones, la obligación de calificar determinados extremos, entre los cuales no está el fondo de la resolución, pero sí el hecho de que en el procedimiento han sido emplazados aquellos a quienes el Registro concede algún derecho que podría ser

afectado por la sentencia, con objeto de evitar su indefensión proscrita, como se ha dicho, por nuestra Constitución (cfr. artículo 24 de la Constitución española), ya que precisamente el artículo 100 del Reglamento Hipotecario permite al registrador calificar del documento judicial «los obstáculos que surjan del Registro», y entre ellos se encuentra el principio de tracto sucesivo.

La anotación preventiva es el asiento que garantiza la preferencia registral de la deuda objeto de la anotación, respecto de otras cargas o gravámenes posteriores, y que permite que sea oponible a los adquirentes del dominio o de cualquier derecho real que se inscriba o anote con posterioridad, de manera que durante su vigencia protegerá al acreedor y garantizará el resultado de una potencial adjudicación, frente a adquirentes posteriores, permitiendo la purga de todos estos derechos una vez ejecutada la deuda, dentro del plazo de vigencia de la anotación preventiva; ahora bien, una vez extinguida la anotación preventiva, la ejecución sólo podrá inscribirse si la finca continúa inscrita a favor del ejecutado, y ya no tendrá lugar la purga o cancelación registral de los derechos inscritos con posterioridad, por haber perdido su preferencia registral (artículos 32, 34, 38, 42, 82 y 86 de la Ley Hipotecaria y 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En el supuesto de hecho que da lugar a la presente Resolución, cuando se presenta en el Registro de la Propiedad el decreto de adjudicación, ya se había producido la caducidad de las anotaciones de embargo y la caducidad de su prórroga contada desde las fechas de expedición de las certificaciones de dominio y cargas, con arreglo al criterio que sienta la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2021, uniendo a ello además la prórroga de plazo producida por la situación derivada de la Covid, por lo que procede su cancelación al estar caducadas las anotaciones ordenadas en los autos que dan lugar al decreto de adjudicación.

En el supuesto de este expediente, debe tenerse en cuenta que, según el historial registral aportado al expediente, una de las fincas aparece aún inscrita a favor de la entidad deudora, y la otra no, por haber sido adjudicada en virtud de otro procedimiento de ejecución, por tanto, podrá inscribirse la adjudicación de la finca que aún permanece inscrita a favor de la entidad ejecutada (como ha hecho la registradora), sin posibilidad de cancelación de cargas posteriores, si las hubiese habido, pero no podrá inscribirse la adjudicación, respecto de la finca que ya no está a su nombre, por las razones indicadas (artículos 17 y 20 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 24-10-2023
BOE 22-11-2023
Registro de la Propiedad de Dos Hermanas, número 3.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: NO PUEDE USARSE SI LO QUE PROCEDE ES LA INSCRIPCIÓN DEL INSTRUMENTO DE EJECUCIÓN URBANÍSTICA.

La ejecución de las previsiones del Plan Especial de Reforma Interior, previstas para una concreta unidad de actuación, que puede comprender pluralidad de fincas registrales, no puede hacerse por la vía de una actuación aislada del propie-

tario, solicitando por la vía del artículo 199 la inscripción de una georreferenciación alternativa y la rectificación de una descripción.

Respecto a la falta de razonamiento objetivo, el registrador funda su nota en que la posible inscripción de la georreferenciación alternativa puede encubrir la posible existencia de operaciones de reordenación de los terrenos. Dicha posibilidad ya resulta de la sola dicción de los linderos de la finca, que resultan del informe topográfico que se acompaña a la instancia.

Una cosa es planificar, como acto administrativo declarativo y otra ejecutar las previsiones del Planeamiento, como acto administrativo ejecutivo, a través del cual se puede modificar la situación registral preexistente a la acción urbanística. Con base en esa naturaleza declarativa, el Plan Especial de Reforma Interior prevé la proyección de una manzana de uso industrial M-8, que es la que el recurrente pretende inscribir como georreferenciación alternativa de la finca 5.202 del término municipal de Dos Hermanas. Pero, registralmente no consta la inscripción de actuación urbanística alguna. Mientras ello ocurra, el objeto del derecho sigue siendo la finca, con la descripción referida en el Registro, incluida en el instrumento de ordenación sin ejecutar. La finca resultante de la actuación nace al tráfico jurídico cuando se inscribe la actuación urbanística, mediante el título inscribible correspondiente.

En conclusión, la ejecución de las previsiones del Plan Especial de Reforma Interior, previstas para una concreta unidad de actuación, que puede comprender pluralidad de fincas registrales, no puede hacerse por la vía de una actuación aislada del propietario, solicitando por la vía del artículo 199 la inscripción de una georreferenciación alternativa y la rectificación de una descripción, que obedecía a una realidad física distinta de la que ahora se pretende inscribir como realidad actual de la finca 5.202, sino que debe hacerse por el procedimiento que resulta del Plan Especial de Reforma Interior.

La registración de un exceso de cabida (en el presente expediente de rectificación de cabida) stricto sensu solo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de la finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tabularmente es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos originalmente registrados.

La tesis de la naturaleza especial del procedimiento registral ha sido reforzada por las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de enero, 10 de febrero, 18 y 31 de mayo y 1 de julio de 2011 y 21 de noviembre de 2013 y por multitud de Resoluciones de esta Dirección General, como la de 13 de marzo de 2023 (vid., por todas), por las particularidades que presenta la calificación registral respecto del régimen de las actividades de las administraciones públicas. Por ello, la aplicación supletoria de las normas del procedimiento administrativo al ámbito de la calificación registral no puede aceptarse con carácter general ni de manera abstracta, como ha declarado también la Resolución de este Centro Directivo de 24 de julio de 2019. Por tanto, no se aplica, como pretende el recurrente, la Ley del Procedimiento Administrativo Común, sino que el contenido de la nota de calificación viene determinado por el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria, que ha sido cumplido en el presente caso.

No puede considerarse que el recurrente haya quedado en indefensión con la nota de calificación, puesto que el registrador ha invocado la existencia de actos jurídicos de reordenación de los terrenos, como causa impeditiva de la inscripción, sin que le corresponda a él determinar cuáles son esos actos jurídicos, lo cual es competencia de la Administración competente, como hemos afirmado al tratar del primero de los defectos.

Resolución de 25-10-2023
BOE 22-11-2023
Registro de la Propiedad de Alcudia.

VIVIENDA HABITUAL FAMILIAR: APLICACIÓN DEL ART. 1320 CC A CUALQUIER RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.

El artículo 1320 CC es aplicable a una venta realizada por una persona sujeta al régimen alemán de separación de bienes.

En el presente caso consta en la escritura calificada que la ley material aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio del vendedor es la supletoria vigente en Alemania, de separación de bienes con nivelación de ganancias. Y el criterio de la registradora debe ser confirmado, toda vez que, como ya puso de relieve este Centro Directivo en Resolución de 31 de enero de 2022, la aplicación de la norma del artículo 1320 del Código Civil, o el análogo artículo 4.3 del texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares, aprobado por el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, puede basarse en razones de orden público, aplicable, por tanto, con independencia de lo que disponga la ley rectora del régimen económico matrimonial en el caso particular. Así resulta también de lo dispuesto en el Reglamento (UE) n.º 2016/1103, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, aplicable desde el 29 de enero de 2019 (cfr., en relación con las parejas no casadas, la Resolución de este Centro Directivo de Resolución de 10 de mayo de 2017).

Por último, frente a las alegaciones del recurrente relativas a la condición de residente en Berlín del vendedor, debe tenerse en cuenta que puede no coincidir domicilio o vivienda habitual del disponente con el domicilio o vivienda habitual de la familia. Y este Centro Directivo ha puesto de relieve, reiteradamente, que la falta en nuestra legislación civil de un concepto de vivienda habitual de la familia tiene como consecuencia práctica que, para evaluar si se da cumplimiento a la referida norma legal, debe analizarse cada caso concreto. Y es que, en la sociedad actual hay familias que tienen varias residencias y las ocupan alternativamente durante el año, en períodos más o menos largos; en otras ocasiones, uno de los miembros de la pareja, o ambos, pasan largas temporadas fuera del hogar familiar, frecuentemente por motivos de trabajo; pero también puede faltar la cohabitación en un solo hogar familiar por algún motivo de salud que implique el necesario ingreso de un cónyuge en algún centro médico o de cuidados especiales; e incluso no es descartable la existencia de relaciones conyugales a distancia, con

domicilios que se mantienen separados (esta Dirección General ha afirmado en distintas ocasiones —vid. Resoluciones de 10 de noviembre de 1987 y 9 de octubre de 2018— que el domicilio de un cónyuge puede ser compatible con la instalación de la vivienda habitual de la familia en otro inmueble).

Resolución de 25-10-2023
BOE 22-11-2023
Registro de la Propiedad de Utrera, número 2.

DERECHO DE SUPERFICIE: NECESIDAD DE LA PREVIA INSCRIPCIÓN DE LA EDIFICACIÓN QUE CONSTITUYE SU OBJETO.

Las exigencias estructurales de nuestro sistema registral imponen la necesidad de que la edificación objeto del derecho de superficie se halle previamente inscrita.

Existen dos modalidades de derecho de superficie: a) aquel derecho que se constituye directamente sobre el suelo ajeno y atribuye a su titular la facultad de edificar y, posteriormente, de mantener en propiedad separada dicha edificación, y b) el derecho que se limita a atribuir a su titular la propiedad separada de la edificación ya existente en el momento de su constitución. En el primer caso, el superficiario adquiere dos facultades: la de realizar la edificación y la de mantener la titularidad de dicha edificación de forma separada respecto al titular del suelo. Por el contrario, en la segunda modalidad el superficiario adquiere directamente la segunda de estas facultades, puesto que la edificación preexiste a la constitución de su derecho de superficie.

En el caso ahora analizado, tanto la notaria autorizante de la escritura calificada, como la registradora coinciden en que se trata de un supuesto encuadrable en la segunda de las modalidades descritas en el apartado anterior. En el momento en el que se constituye el derecho de superficie, sobre la finca ya existe la edificación que, en virtud de tal derecho, va a poder ser mantenida en propiedad separada por el superficiario. La discrepancia que ha dado lugar a la calificación negativa y al recurso subsiguiente radica en si es o no necesario que dicha edificación prexistente objeto del derecho de superficie conste previamente inscrita en virtud de la oportuna declaración de obra nueva.

El principio de tracto sucesivo (artículo 20 de la Ley Hipotecaria) impone la necesaria delimitación del objeto sobre el que recae el derecho para poder inscribir éste. Por este motivo, este Centro Directivo, en la Resolución de 28 de mayo de 2011, exigió la previa inscripción de la declaración de obra nueva de una casa y un almacén cuya propiedad había sido atribuida a los demandantes en un procedimiento judicial. Esta necesidad de previa inscripción de la edificación no inscrita también viene impuesta por el principio de especialidad registral, que impone la precisa descripción de la finca en el título que pretenda su acceso al Registro como medio indispensable para lograr la claridad y certeza que debe presidir la regulación de los derechos reales y el desenvolvimiento de la institución registral.

Resolución de 25-10-2023
BOE 22-11-2023
Registro de la Propiedad de Luarca.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Si existen dudas fundadas sobre la identidad de la finca procede la denegación de la inscripción de la base gráfica.

Como cuestión previa, debe volver a reiterarse la doctrina de este Centro Directivo, formulada en Resoluciones como las de 5 y 13 de octubre de 2021 y 8 de junio y 6 de septiembre de 2022, por la cual, si la representación gráfica georreferenciada no es inscribible por albergar el registrador dudas fundadas acerca de que con la misma se invada otra finca ya inscrita o el dominio público, lo procedente es denegar, no suspender, la inscripción.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El principio de proscripción de la indefensión y de la arbitrariedad que proclama el artículo 24 de la Constitución así lo impone indefectiblemente. Por ello, la Resolución de esta Dirección General de 7 de julio de 2023 declaró que no puede calificarse de temeraria la calificación registral negativa si la misma se apoya en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria: notificación a colindantes y valoración de la oposición planteada por dos de éstos.

Por tanto, constatada una posible controversia entre titulares registrales de sendas fincas registrales colindantes acerca de su respectiva georreferenciación, procede reiterar la doctrina de este Centro Directivo, formulada en Resoluciones como la de 23 de mayo de 2022, entre otras, que estima justificadas las dudas del registrador sobre la identidad de la finca en un expediente del artículo 199, dada la oposición del colindante titular registral de la finca colindante, aunque no tenga inscrita su correspondiente georreferenciación.

Resolución de 26-10-2023
BOE 22-11-2023
Registro de la Propiedad de Cartagena, número 3.

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: REQUISITOS DE INSCRIPCIÓN.

No procede la inscripción de una obra por antigüedad si no consta su finalización en una fecha determinada.

Como señala el notario recurrente en su escrito de recurso «la cuestión nuclear, pues, de este recurso, reside en determinar, para una obra inacabada y paralizada desde hace un largo período de tiempo (…), el "dies a quo" para el cómputo del plazo de prescripción de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística que pudiera implicar su demolición, a los efectos de la legislación estatal».

Corresponde, por tanto, a la legislación urbanística de cada Comunidad Autónoma determinar cuál sea, en su caso, el plazo máximo dentro del cual la Administración competente pueda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que pudieran implicar la demolición de edificaciones irregulares, y cuál sea el plazo máximo dentro del cual la Administración competente pueda adoptar medidas sancionadoras de las posibles infracciones urbanísticas cometidas por los responsables. Del análisis comparativo de las distintas legislaciones urbanísticas autonómicas se concluye, como regla general, que las infracciones urbanísticas tienen siempre un plazo de prescripción determinado, en función de si están tipificadas como leves o graves. En cambio, la potestad urbanística de ordenar la reposición de la realidad física alterada, que podría conllevar la demolición de la edificación irregular, tiene un plazo de prescripción único (que no depende de que la infracción sea leve o grave), a menudo superior al plazo de prescripción de la infracción más grave, y en ocasiones de especial relevancia resulta inaplicable por imponerse legalmente un régimen de imprescriptibilidad de tal potestad administrativa, por ejemplo, cuando la edificación irregular ocupa, aunque sea parcialmente, suelos de dominio público, servidumbres públicas, zonas verdes o áreas libres, suelos de especial protección o riesgo, etc.

Del análisis de la citada ley de la Región de Murcia resulta que, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones autonómicas, en ésta no se establece un plazo de prescripción de la potestad de restablecimiento de la realidad física alterada distinto, ni mayor, que el de las infracciones urbanísticas que se hayan podido cometer.

En el presente caso, no estando ejecutadas las obras al 100 %, sino en porcentajes sensiblemente inferiores, es claro que la edificación en cuestión no está totalmente terminada ni dispuesta para su destino, y que el único extremo que consta acreditado por parte del Ayuntamiento es que no se ha iniciado aún (no que ya no se pueda iniciar) expediente de disciplina urbanística.

Resolución de 26-10-2023
BOE. 22-11-2023
Registro de la Propiedad de Arrecife.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Si existen dudas fundadas sobre la identidad de la finca procede la denegación de la inscripción de la base gráfica.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

Paralelamente, procede reiterar la doctrina de este Centro Directivo relativa, no ya tanto a los requisitos para obtenerla, sino a los efectos jurídicos de la inscripción de la georreferenciación de las fincas registrales.

Existe controversia entre titulares de fincas registrales colindantes, y no una simple controversia extrajudicial, sino judicial, pues consta la existencia de procedimientos judiciales contradictorios entre ambas partes, como se ha reseñado más arriba.

Resolución de 27-10-2023
BOE 22-11-2023
Registro de la Propiedad de Girona, número 4.

HERENCIA: PARTICIÓN HECHA POR EL TESTADOR.

Debe diferenciarse entre partición hecha por el testador y lo que son simplemente instrucciones para la partición.

La Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalidad de Cataluña, es competente para la resolución de los recursos contra la calificación registral únicamente cuando «las calificaciones impugnadas o los recursos se fundamenten de forma exclusiva en normas del derecho catalán o en su infracción», mientras que «la competencia para resolver recursos mixtos, es decir, basados en cuestiones específicas de derecho catalán como, además, en cuestiones de derecho común u otros derechos corresponde a la Dirección General de los Registros y del Notariado».

La calificación negativa se sustenta en tres argumentos de los cuales el primero es el siguiente: se trata de una sustitución vulgar por premoriencia del heredero instituido, al que sustituye por los cinco herederos; entiende la registradora que si se sustituye a un heredero, los que le sustituyen lo hacen, en principio, salvo otra prueba, en la misma condición de herederos, no de legatarios o prelegatarios. Es cierto que en el primer llamamiento de sustitución no distingue en que proporción; es más, indica lo siguiente: «queriendo que se distribuyan la herencia en la siguiente forma (…)», pero también es cierto que, en el llamamiento del resto de bienes, que es igual, detalla claramente en qué proporción: «(…) instituye herederos a su hijo N. R. B. y a sus cinco hijos entenados M., J. M., J., L. y C. R. N., por partes iguales entre ellos». Por otra parte, el artículo 423-6 del Código de Derecho de sucesiones de Cataluña, interpreta que «los herederos instituidos sin asignación de partes, se entiende que son llamados por partes iguales». En consecuencia, sea cual sea el llamamiento de la adjudicación de los bienes, en el resto están llamados en el concepto de herederos, y en principio por partes iguales; y el efecto esencial es que a ellos corresponde, en el caso de considerarse como prelegados las disposiciones del testador sobre bienes concretos, la entrega de los bienes a los beneficiarios de las mismas.

Hay que recordar la doctrina reiteradísima de este Centro Directivo sobre la distinción entre partición del testador y normas particionales, que afirma que, ante la regla general de la concurrencia de todos los herederos a la partición, existen excepciones en las que no es precisa la misma: que haya sido hecha por el testador la partición —artículo 1056 Código del Civil—, que haya sido hecha por contador-partidor designado —artículo 1057 Código del Civil— o incluso los casos especiales de la delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 Código del

Civil. En el supuesto de este expediente se debate esta necesidad de concurrencia pendiente de si nos encontramos ante un auténtico testamento particional o no.

Ciertamente en el testamento hay una institución de herederos a favor de los hijos de la causante. También lo es que en el testamento se formula una partición hecha por el testador y en la que concurren algunas de las fases del inventario, y adjudicación de bienes (no hay avalúo). Solo falta la liquidación, pero es cierto que esa no puede verificarse sino hasta la apertura de la sucesión ya que no se conocen hasta ese momento la totalidad de las deudas líquidas. Así, respecto de algunos de los bienes, existe una partición realizada por el testador en los términos del artículo 1056 del Código Civil y se pasará por ella en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos. La consecuencia principal de que haya una partición hecha por la testadora es la que se deriva del artículo 464-10 del Código de derecho de sucesiones de Cataluña: «Por la partición, cada coheredero adquiere la cotitularidad exclusiva de los bienes y derechos adjudicados». Por tanto, respecto de los bienes adjudicados por el testador, la partición está hecha y los adjudicatarios pueden tomar la posesión de los mismos.

Sentado que se trata de un testamento particional en cuanto a esos bienes, hay que determinar si es necesaria la concurrencia de todos los herederos para el otorgamiento de la escritura. En principio, los términos del artículo 1056 del Código Civil no la exigen —«se pasará por ella, en cuanto (…)»— si bien cabría sostener que es necesaria al no haberse completado las operaciones particionales, pero como ha afirmado este Centro Directivo (vid. «Vistos»), la duda sobre si se está en presencia o no de una verdadera partición testamentaria se nos presenta cuando el testador distribuye los bienes entre los herederos sin practicar todas las operaciones que normalmente entraña la partición. La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1986 lo resuelve en sentido afirmativo. Así, conforme a esta jurisprudencia, cabe el reparto de los bienes sin formalizar de forma completa el inventario ni practicar la liquidación. En el supuesto de esa Sentencia se trataba de una verdadera partición, de forma que el artículo 1068 del Código Civil es aplicable a ese caso «sin perjuicio, también, de la práctica de aquellas operaciones complementarias de las citadas adjudicaciones que puedan ser necesarias para su plena virtualidad, operaciones que en modo alguno suponen que la propiedad exclusiva sobre los bienes adjudicados a cada heredero no se haya verificado como efecto de la partición desde la muerte del testador». Esto respecto a los bienes que están distribuidos y adjudicados en el testamento, cuya inscripción puede ser realizada con el documento presentado. Respecto a los demás, se hace necesaria la concurrencia de todos los herederos.

Resolución de 30-10-2023
BOE 22-11-2023
Registro de la Propiedad de Albaida.

SUSTITUCIÓN VULGAR: ACREDITACIÓN DE LA INEXISTENCIA DE SUSTITUTOS.

En un caso de sustitutos llamados genéricamente basta la afirmación de su inexistencia.

La Dirección General de los 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. Pero son varias las situaciones en las que se puede producir la incertidumbre: inexistencia de personas llamadas a la sucesión, determinación de sustitutos vulgares en caso de premoriencia, o de los legitimarios en el caso de hijos desheredados; y, como ocurre en este supuesto, la acreditación de los sustitutos o inexistencia de los mismos en el caso de renuncia del heredero o del legatario.

Respecto a la inexistencia de personas llamadas a la herencia, ya entendió este Centro Directivo en Resolución de 21 de mayo de 2003 que «no puede identificase, el supuesto de inexistencia de otras personas interesadas en la herencia que las llamadas como tales en el título sucesorio, un hecho negativo que no es necesario probar, con la posibilidad de prescindir en la partición de las que sí han sido llamadas, pues la exclusión de éstas en la partición de la herencia exige el justificar el por qué no se les atribuyen los derechos a los que han sido llamados. Y no puede desconocerse que en una sustitución vulgar para el caso de premoriencia del instituido, los sustitutos aparecen condicionalmente instituidos de suerte que, acreditado el cumplimiento de la condición que determina su llamamiento, la muerte del instituido, habrá que probar la razón por la que el mismo no tiene efectividad». 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, lo que abona el carácter no absolutamente necesario sino facultativo o subsidiario del acta de notoriedad a que se refiere la citada norma reglamentaria, que no se refiere tan sólo a las sustituciones fideicomisarias.

En cuanto a la acreditación de la existencia o inexistencia de legitimarios del desheredado, se ha decidido si, desheredados los hijos del testador, y conservando sus descendientes ulteriores su derecho a la legítima (cfr. artículo 857 del Código Civil), basta con afirmar el desconocimiento de si existen tales descendientes ulteriores o es preciso algún tipo de acreditación de este extremo.

Centrados en el supuesto de este expediente, ciertamente una de las herederas instituidas ha renunciado a la herencia a la que ha sido llamada, y existe una cláusula que ordena su sustitución en la institución de heredera, siendo que la apoderada de la renunciante, que además es contadora-partidora, ha manifestado que carece de descendientes, lo que es ratificado por la otra heredera dado que está representada igualmente por la misma compareciente. Además, el llamamiento a los sustitutos descendientes es genérico y no nominativo. En definitiva, como alega el notario recurrente, como consecuencia de la sustitución vulgar, sin que haya un llamamiento nominativo a favor de sustitutos concretos sino un llamamiento a genéricos descendientes, debe bastar la manifestación de su inexistencia que realiza la renunciante en la escritura pública de partición de herencia. Exigir a una renunciante que acredite la inexistencia de descendientes llegaría a ser lo mismo que exigir a todo testador que lo manifieste en su testamento, que acredite que carece de descendientes.

Resolución de 30-10-2023
BOE 22-11-2023
Registro de Majadahonda, número 2.

PATRIA POTESTAD: CONFLICTO DE INTERESES EN LA LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES PREVIA A LA PARTICIÓN DE HERENCIA.

Existe conflicto de intereses en la actuación del viudo que también representa a sus hijos menores si al liquidar los gananciales se inventarían bienes que cuya ganancialidad deriva solo de las presunciones legales.

Según lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil, la regla general de representación legal de los hijos menores de edad no emancipados por parte de los padres que ostenten la patria potestad queda exceptuada respecto de los actos «(...) en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo». Para exceptuar el régimen general es imprescindible que entre representante y representado exista oposición de intereses, es decir un conflicto real de intereses que viene definido por la existencia de una situación de ventaja de los intereses del representante sobre los del representado.

Esta Dirección General ha interpretado, en numerosas Resoluciones, las circunstancias que conducen a determinar cuándo concurre un conflicto de interés entre menores o personas con discapacidad y sus representantes legales, determinantes de que no puedan entenderse suficientemente representados en la partición hereditaria si no es con la intervención de un defensor judicial, y ha atendido a diversos elementos de carácter objetivo, que en general apuntan a la inexistencia de automatismo en las diversas fases de la adjudicación hereditaria, es decir en la confección del inventario, en la liquidación de las cargas y en la adjudicación de los bienes. De esta interpretación resulta que no puede darse por sentado que siempre que en una partición hereditaria con liquidación previa del patrimonio ganancial intervenga el viudo en su propio nombre y en representación de un hijo no emancipado existe, por definición, oposición de intereses, sino que habrá que examinar las circunstancias concretas de cada caso.

En el caso al que se refiere este expediente, es indudable que el cónyuge viudo tiene interés directo en las consecuencias de la liquidación de gananciales, pues al determinar el inventario ganancial se incluyen algunos bienes —referidos en la calificación— cuya ganancialidad es fruto de una presunción legal susceptible de ser combatida (acciones en una cuenta de valores a nombre del causante, una cuenta bancaria abierta a nombre del causante y su esposa, y las tres restantes abiertas a nombre del causante —una de las cuales con un saldo de 150.457,83 euros—). De este modo, incluir todo o parte de tales bienes en el inventario como gananciales por declaración unilateral de la representante beneficiada tiene consecuencias favorables para ella y desfavorables para los representados.

Resolución de 2-11-2023
BOE 30-11-2023
Registro de la Propiedad de Madrid, número 20.

PROPIEDAD HORIZONTAL: SEGREGACIÓN DE UN LOCAL COMERCIAL.

La autorización estatutaria para la división de locales debe incluir la posibilidad de abrir una puerta en la fachada del local surgido de la segregación.

En primer lugar, respecto a la alegación de los recurrentes relativa a una previa calificación realizada por la entonces registradora titular de este Registro, debe recordarse que es reiterada la doctrina de esta Dirección General que el registrador al ejercer su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, habida cuenta del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores, como tampoco lo está por las propias resultantes de la anterior presentación de otros títulos (cfr., por todas, las Resoluciones de 9 y 13 de marzo, 4 de abril y 8 y 22 de mayo de 2012, 22 de febrero, 7 de marzo, 3 de abril y 24 de junio de 2013 y 25 de julio y 13 de noviembre de 2017, así como, entre las más recientes, las de 21 de octubre y 12 de diciembre de 2022).

La jurisprudencia ha matizado la posibilidad de realizar obras o reformas que afecten a la fachada cuando se trate de locales comerciales, admitiéndola con mayor amplitud que si se tratara de viviendas, pues la finalidad comercial de los locales comporta la necesidad de presentar una configuración exterior adecuada a su carácter y en atención a la naturaleza de la actividad a desarrollar en los locales siempre que no perjudique a otros copropietarios y que la porción utilizada de la misma no sea susceptible de uso o aprovechamiento por el resto de los comuneros (vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 15 y 28 de octubre y 11 de noviembre de 2009 y 11 de febrero y 15 de noviembre de 2010). Pero las resoluciones jurisprudenciales, han sido emitidas tras la negativa de la comunidad de propietarios a autorizar las obras, por lo que en ningún caso puede deducirse una interpretación genérica favorable a la innecesariedad de su autorización. La calificación registral (cfr. artículo 18 de la Ley Hipotecaria) debe basarse en documentos aportados que será bien la previsión estatutaria que autorice a realizar alteraciones en la fachada, bien el correspondiente acuerdo de la comunidad de propietarios, o bien la resolución judicial que estime la demanda frente al acuerdo que no autorizase dichas alteraciones. Además, no puede el registrador apreciar el ejercicio abusivo de las facultades que a la junta de propietarios corresponden, cuestión reservada a los tribunales y que es consecuencia, lógicamente, de una determinada decisión de la misma.

En el presente caso, la apertura de puerta con modificación de fachada va asociada a una segregación del local que está amparada en una cláusula de los estatutos inscritos, por lo que el presente expediente se centra en analizar si la concreta cláusula estatutaria autoriza también la modificación descriptiva pretendida, que es lo que discute registradora. En este punto procede citar la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2010 que fija como doctrina jurisprudencial «que cuando en el título constitutivo se prevea la posibilidad de segregación de un local comercial, implícitamente se está autorizando como consecuencia natural de lo anterior la apertura de una salida de la finca matriz si el local carece de ella. La construcción de la salida independiente no puede afectar a la seguridad, estabilidad y estética del edificio ni puede perjudicar los derechos de terceros. La negativa de la comunidad de propietarios a autorizar la obra, es nula por contravenir lo dispuesto en el título constitutivo y por estar amparada en un ejercicio abusivo del Derecho».

De la cláusula en cuestión resulta una facultad general para reconfigurar el local comercial, mediante su agrupación y división «sin precisar para ello de

consentimiento alguno de la Comunidad», por lo que tal y como está prevista la misma y la doctrina jurisprudencial antes citada, debe concluirse que el acto documentado en la escritura calificada, esto es, segregación, declaración de resto y consecuente modificación de descripción, se encuentra amparado en la mencionada facultad estatutaria.

Resolución de 2-11-2023
BOE 30-11-2023
Registro de la Propiedad de Pola de Laviana.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No procede denegar la inscripción de una base gráfica alternativa solo por la genérica alegación de un colindante catastral cuya finca no está inscrita en el Registro.

La mera oposición de un simple titular catastral acerca de que su inmueble catastral resulte invadido por una georreferenciación alternativa a la catastral no es motivo suficiente por sí sólo para denegar la inscripción de esa georreferenciación alternativa a la catastral, pues, precisamente por ser alternativa, se produce esa invasión parcial del inmueble catastral colindante. En cambio, cuando la oposición la formula no un titular catastral afectado cuya propiedad no conste debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad, sino un titular de una finca registral que alega resultar invadida, su oposición resulta mucho más cualificada y merece mayor consideración.

En el presente caso quien formula oposición no alega ni acredita ser titular de finca registral alguna, por lo que no concurre ninguno de los impedimentos legales para la inscripcion de una georreferenciación, a saber, que se invadan fincas registrales inmatriculadas o dominio público incluso no inmatriculado, o que el registrador albergue dudas fundadas sobre que la georreferenciación pretendida se corresponda con la identidad de la finca que se pretende georreferenciar.

Resolución de 2-11-2023
BOE 30-11-2023
Registro de la Propiedad de Santa Fe, número 2.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Si existen dudas fundadas sobre la identidad de la finca procede la denegación de la inscripción de la base gráfica.

Como cuestión previa, debe volver a reiterarse la doctrina de este Centro Directivo, formulada en Resoluciones como las de 5 y 13 de octubre de 2021 y 8 de junio y 6 de septiembre de 2022, por la cual, si la representación gráfica georreferenciada no es inscribible por albergar el registrador dudas fundadas acerca de que con la misma se invada otra finca ya inscrita o el dominio público, lo procedente es denegar, no suspender, la inscripción.

En el presente caso, el registrador no invoca únicamente la oposición de la colindante opositora notificada, sino que indica que las dudas de la identidad derivan de la comprobación de la invasión parcial de la finca registral colindante en 176,14 metros cuadrados en la aplicación informática auxiliar homologada para el tratamiento de bases gráficas del distrito hipotecario, de la que deriva, a su juicio la posible existencia de un conflicto judicial latente. El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En el presente caso, a la vista de las alegaciones presentadas, el registrador ha determinado correctamente la existencia de un conflicto latente sobre la delimitación jurídica de la finca, que no puede resolverse por la vía del expediente del artículo 199, que tiene la naturaleza de expediente de jurisdicción voluntaria, por lo que requiere de un acuerdo entre las partes en un expediente de deslinde o de conciliación registral, o el correspondiente juicio contradictorio entre ellos, como se desprende de los artículos 103 bis, 198 y 200 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 2-11-2023
BOE 30-11-2023
Registro de la Propiedad de Mallorca, número 5.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Si existen dudas fundadas sobre la identidad de la finca procede la denegación de la inscripción de la base gráfica.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En el presente caso el registrador, comprobada la inclusión del camino, que es público según el informe del Ayuntamiento y el solape con la finca colindante, funda sus dudas de identidad de la finca con la georreferenciación aportada en las

alegaciones del causante, que acompaña informe técnico en apoyo de su alegación. Ello determina un indicio de posible existencia de una controversia latente respecto de la fracción de terreno entre dos colindantes registrales, que por pequeña que sea, provoca la oposición, sin que puede calificarse de temeraria la calificación registral negativa que se apoya en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria.

Respecto a la posible invasión del dominio público, declaró la Resolución de 26 de mayo de 2022 que puede el registrador rechazar la inscripción de una georreferenciación si de la documentación aportada resultan fundadas su dudas acerca de la posible invasión del dominio público, dada la obligación legal de los registradores de impedir la práctica de inscripciones que puedan suponer invasión de dominio público; obligación que tiene su fundamento, con carácter general, en los artículos 6 y 30 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, conforme a los cuales los bienes demaniales son inalienables, imprescriptibles e inembargables, lo cual no es sino manifestación del principio y mandato del artículo 132 de la Constitución Española.

Resolución de 6-11-2023
BOE 30-11-2023
Registro de la Propiedad de Corcubión-Muros.

DOCUMENTOS JUDICIALES: REQUISITOS.

Se confirman las exigencias de clarificación que establece el registrador en su calificación.

La registradora señala los defectos siguientes: a)Existe incongruencia o falta de tracto en la documentación presentada pues, una vez adjudicada la finca en el primer procedimiento a los herederos y a la viuda, no procede efectuar la partición de los bienes del causante; del primer documento, procedería inscribir la finca a favor de los hermanos en nuda propiedad y el usufructo a favor de su madre, sin que, por tanto, quepa después efectuar la partición de bienes del causante, sino formalizar el negocio jurídico del que resulte que del condominio perteneciente a los hermanos se adjudica la finca en nuda propiedad a don E. O. O.; b)En el primer documento no consta la participación indivisa de cada uno de los hermanos en la adjudicación, y c) no constan las circunstancias personales de los demás adjudicatarios.

En cuanto al primero de los defectos señalados, a la vista de los hechos y adjudicaciones que constan en los autos protocolizados, tal como se señala en la calificación, existen incongruencias evidentes que se deben aclarar.

En la adjudicación consta literalmente: «Cupo segundo para sus hijos M., E. y A.», sin mención alguna a la proporción ni participación en la adjudicación en que son dueños de la nuda propiedad. En consecuencia, el defecto debe ser confirmado.

Alega el recurrente que constan en los autos de los procedimientos, pero, como expresa la registradora, del testimonio de las providencias y auto que se protocoliza no resultan datos algunos distintos de los del recurrente. Por lo que el defecto debe también ser confirmado.

Resolución de 6-11-2023
BOE 30-11-2023
Registro de la Propiedad de Eivissa, número 4.

HERENCIA: INSCRIPCIÓN DE UNA HERENCIA BASADA EN UN TESTAMENTO OLÓGRAFO FRANCÉS.

Además de confirmar la necesidad de que la finca se halle inscrita a nombre del causante para acceder a inscribir la adjudicación hereditaria, se analizan algunos aspectos interpretativos de la legislación francesa.

El primero de los defectos señala que la finca se halla inscrita en el Registro a favor de titular registral distinto de los causantes, impidiendo la inscripción solicitada en virtud del principio de tracto sucesivo. En este punto, conviene recordar que el principio de tracto sucesivo, consagrado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, impone que para inscribir actos declarativos, constitutivos, modificativos o extintivos del dominio o de los derechos constituidos sobre el mismo, dichos actos deberán estar otorgados por los titulares registrales, ya sea por su participación voluntaria en ellos, ya por decidirse en una resolución judicial dictada contra los mencionados titulares registrales, lo cual no es sino aplicación del principio de legitimación registral, según el cual 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 (artículo 38.1 de la Ley Hipotecaria). En consecuencia, estando inscrito el dominio a nombre de persona distinta de la otorgante, no cabe acceder a la inscripción mientras no se presenten los títulos oportunos que acrediten las distintas transmisiones efectuadas, o se acuda a alguno de los medios que permite la Ley Hipotecaria para reanudar el tracto sucesivo interrumpido (cfr. artículo 208).

Lo que ahora pretende el recurrente, alegando la nulidad del título que en su día lo causó, es la rectificación de un determinado asiento del Registro y, como ha declarado este Centro Directivo (cfr. Resolución de 3 de octubre de 2005), a salvo la posibilidad de acudir a los tribunales para ventilar y contender sobre la validez o nulidad de los títulos, el recurso es el cauce legalmente arbitrado para impugnar las calificaciones de los registradores cuando suspendan o denieguen el asiento solicitado. Pero cuando dicha calificación, haya sido o no acertada, ha desembocado en la práctica del asiento, éste queda bajo la salvaguardia de los tribunales (artículo 1 de la Ley Hipotecaria) y produce todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la propia ley, lo que conduce a su artículo 40, en el que se regulan los mecanismos para lograr la rectificación del contenido del Registro cuando es inexacto. No puede por tanto pronunciarse este Centro Directivo sobre si fue o no correcta la calificación del registrador que dio lugar a la inscripción de la adjudicación hereditaria cuya nulidad se pretende.

El segundo de los defectos se desdobla en dos, de los cuales el primero señala que habiéndose aportado el acta de declaración de los legatarios universales otorgada el día 29 de marzo de 2022, la cual incorpora el testamento ológrafo otorgado el día 31 de marzo de 2001 por doña H. P., no se estima título sucesorio idóneo porque, calificada tal acta, se aprecia de la misma que no ha cumplido con lo ordenado por el artículo 1007, párrafos segundo y tercero del Código Civil de Francia, el cual establece en términos imperativos que no se acredita el cumplimiento de los trámites

exigidos por el precepto expuesto, ni, que se haya otorgado a los interesados en la sucesión mortis causa de la finada, el derecho a oponerse dentro del plazo legalmente establecido por esta norma transcrita. En el concreto supuesto, no consta en el acta incorporada por diligencia, que se haya citado al titular registral o a otros interesados mediante el trámite exigido por el artículo 1007 del Código Civil francés. En cuanto a la documentación ahora presentada junto con el escrito de recurso, hay que recordar que la calificación del registrador lo es a la vista de los documentos aportados al tiempo de la presentación, no siendo el escrito de recurso el medio idóneo para ello, sin perjuicio de que en la forma apropiada se presenten en el Registro para su calificación. En consecuencia, esta parte del defecto debe ser confirmada.

La segunda parte del segundo defecto señala que, aunque es correcto el testamento ológrafo de doña H. P., y contiene una cláusula genérica de derogación de testamentos anteriores, sin embargo, en el ordenamiento jurídico civil francés, la derogación de testamentos es distinta al Derecho de sucesiones de España, ya que, en el Derecho civil de Francia se exige la derogación expresa del testamento de que se trate, pues el artículo 1036 del Código Civil de Francia así lo dispone y, como se ha expuesto, el testamento ológrafo a que se refiere la calificación impugnada no deroga expresamente el testamento otorgado por la causante el día 30 de junio de 1998, el cual es el título sucesorio del actual titular registral, al que no alude en ninguna de sus cláusulas, por lo que no se puede considerar derogado, sin perjuicio de añadir que, en tal testamento ológrafo, sin embargo, se alude a otro testamento otorgado por doña H. P. Interpreta el registrador que, al no mencionar específicamente el testamento notarial, este no ha sido revocado; los recurrentes alegan que lo que dispone el artículo 1036 del Código Civil francés es que un testador revoca expresamente cuando así lo menciona en su testamento, pero cuando el testador no menciona que revoca expresamente sus anteriores disposiciones, se trata de una revocación tácita, según la cual las anteriores disposiciones pueden subsistir en aquello que no sean contradictorias con las disposiciones posteriores. Esta segunda interpretación se muestra más apropiada, según el propio texto del precepto legal referido, por lo que el defecto debe ser revocado.

Resolución de 7-11-2023
BOE 30-11-2023
Registro de la Propiedad de Mérida, número 1.

DONACIÓN: DIFERENCIA ENTRE CONDICIÓN Y MODO.

Se analizan las diferencias entre una donación sujeta a condición y una donación modal, concluyendo que, existiendo el acuerdo entre ambas partes y ningún tercero perjudicado, no debe haber obstáculo para revertir la donación.

La jurisprudencia ha tenido ocasión de marcar las diferencias existentes entre la donación modal (artículo 647 del Código Civil) y la donación con cláusula de reversión (artículo 641 del Código Civil); así lo han hecho las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 11 de marzo de 1988 y 13 de julio de 1989, afirmando la primera de ellas que: «las donaciones con cláusula de reversión necesariamente hay que incluirlas en la modalidad de donaciones condicionales, en su verdadera

acepción técnica, pues tal pacto supone el recobro por el donante de lo que regaló (para cualquier caso y circunstancia), o el paso de lo donado, desde el donatario a terceras personas, pudiendo establecerse la reversión tanto en favor del donante como del tercero, no sólo para sí ocurre un cierto suceso, y entonces serían condicionales, sino también para cuando llegue cierto tiempo, y entonces serían a plazo; entendiéndose que la reversión acordada en favor del donante, y en el caso de que hubiesen muerto de sus herederos, habrá de corresponder a éstos, si vivieren al cumplirse la condición puesta para la reversión; conservando el donatario las facultades propias del titular de los bienes donados, si bien bajo la amenaza de perderlos si acontece el hecho reversional, y gozando tal hecho de la naturaleza propia de una condición resolutoria, bajo la que se hizo la donación, y cuyo cumplimiento producirá automáticamente la resolución de la misma. La donación con carga modal del artículo 647 del Código civil, supone en cambio una institución en la que el donante ha exigido al donatario la concurrencia de un modo, finalidad, carga, motivo o recomendación, cuyo incumplimiento puede dar lugar a la revocación o resolución de un contrato que en principio nació irrevocable por la sola voluntad del donante, pudiendo quedar sin efectos después, por la existencia de tales incumplimientos, y provocando un juego semejante al del artículo 1124 del Código civil, si bien con la notable diferencia de que los efectos no se producen ipso iure, facultándose por el contrario al donante para pedirlos judicialmente».

Por lo demás, muchas veces no es fácil establecer una clara línea diferenciadora entre el modo y la condición resolutoria en la donación, y las Resoluciones de este Centro Directivo de 29 de abril y 16 de octubre de 1991 venían a reconocer una diferencia por razón de sus efectos: la resolución opera de forma automática en caso de producirse el evento resolutorio, de suerte que ya no cabe una prórroga del plazo para su cumplimiento, en tanto que el incumplimiento del modo atribuye una facultad al donante, la de revocar la donación conforme al citado artículo 647, que mientras no se ejerza mantiene la subsistencia de aquélla y que, del mismo modo que es facultativo su ejercicio, voluntaria es la renuncia a la misma o la concesión de un nuevo plazo o modalidad para su cumplimiento.

Es por tanto cuestión capital en la materia la relativa al dilema sobre el carácter perpetuo o temporal del modo impuesto por el donante en una donación; esto es, si la posibilidad de revocar la donación modal por incumplimiento del modo, reconocida en el artículo 647 del Código Civil, tiene carácter perpetuo, pudiendo el donante (o, en su caso, los herederos del donante) ejercitar la acción de revocación siempre que el modo se incumpla, con independencia del tiempo transcurrido desde el establecimiento del mismo; o si, por el contrario, transcurrido un determinado plazo cumpliéndose el modo (la carga o la afección del bien al destino que estableció el donante), debe entenderse que aquél se ha cumplido y consumado y, por tanto, el donante no puede instar la revocación de la donación, aunque se «incumpla» el modo.

En relación con el artículo 42.1 del Reglamento General de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, al que se refiere el recurrente («solo procederá la reversión de los bienes y derechos adquiridos gratuitamente bajo condición o modo de destino a un fin determinado cuando, no habiendo transcurrido el plazo fijado en el acuerdo, o en todo caso, el señalado en el artículo 21.4 de la Ley, se incumplieran las condiciones o el modo impuestos en el mismo»), cabe recordar que, como ha puesto de relieve este Centro Directivo, la singular protec-

ción que el Registro de la Propiedad otorga al titular inscrito constituye un límite importante a las facultades reivindicativas y de autotutela de la Administración que resulta obligada a impugnar judicialmente la presunción de legitimidad que deriva de la inscripción en el Registro.

Así, respecto de la reversión de bienes procedentes del patrimonio público de suelo a que se refiere el artículo 52, apartado tercero, del texto refundido de la Ley de Suelo, realizando una interpretación conjunta de las diversas disposiciones legales citadas que se refieren directa o indirectamente a este derecho reversional, cabe concluir, como ya afirmara este Centro Directivo en Resoluciones de 12 de diciembre de 2016 y 8 de noviembre de 2018, que si bien el mismo constituye una garantía «ex lege», como causa de resolución de carácter implícito, ligada necesariamente a la cesión gratuita de bienes patrimoniales, con fin de asegurar el cumplimiento del fin público a que se encuentra naturalmente afecto el patrimonio público de suelo; sin embargo, su expresa configuración legal como causa de resolución explícita de la cesión, y su aptitud para ser susceptible de constancia registral, precisamente para poder obtener una eficacia «erga omnes» que por sí sola no tiene (configuración que responde al hecho de estar enmarcado dicho derecho de reversión en el ámbito del tráfico jurídico-inmobiliario de bienes patrimoniales, que en vía de principios queda sometido con carácter general a las normas privadas y a la jurisdicción civil en los términos ya expuestos), requiere el cumplimiento de las exigencias propias de la legislación hipotecaria, máxime cuando es posible la alteración del citado régimen legal de reversión, mediante la oportuna estipulación negocial en tal sentido, dentro de los límites legales.

En el presente caso, para apreciar la voluntad de la donante debe partirse de los términos en que se ha practicado la inscripción de la donación, al no haberse presentado ni constar en este expediente la escritura otorgada el día 9 de mayo de 1968 junto con la escritura calificada. Pero, además, debe considerarse determinante que, en la escritura cuya calificación ha sido impugnada, la donante y el donatario manifiestan inequívocamente su conformidad en cuanto a la trascendencia jurídica del hecho de que la donación se otorgara con una finalidad concreta que no ha sido cumplida, con la consecuencia de que la asociación donante deba recuperar el pleno dominio de la finca donada. Por ello, sin entrar en la estricta calificación jurídica sobre si se trataba de una donación con cláusula de reversión o más propiamente de una donación modal, lo cierto es que, estando de acuerdo ambas partes en el efecto revocatorio o resolutorio de la falta de destino de la finca donada a la finalidad para la que se realizó, y no existiendo terceros eventualmente perjudicados, no debe ponerse objeción alguna a la inscripción solicitada.

Resolución de 7-11-2023
BOE 30-11-2023
Registro de la Propiedad de A Coruña, número 4.

DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN SITUACIONES DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO: LÍMTE TEMPORAL.

Se reitera la doctrina jurisprudencial que exige la fijación de un plazo de duración del derecho de uso cuando los hijos son mayores de edad.

Según la reiterada doctrina de este Centro Directivo, al abordar la naturaleza jurídica del derecho de uso sobre la vivienda familiar regulado en el artículo 96 del Código Civil, lo procedente es considerarlo como un derecho de carácter familiar y, por tanto, ajeno a la distinción entre derechos reales y de crédito, ya que ésta es una clasificación de los derechos de carácter patrimonial, y el expresado derecho de uso no tiene tal carácter patrimonial, sino de orden puramente familiar para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de tal vivienda (cfr. el último párrafo del citado precepto). Tal carácter impone consecuencias especiales, como la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por éste, pues una cosa es el interés protegido por el derecho atribuido (en este caso el interés familiar y la facilitación de la convivencia entre los hijos y el cónyuge a quien se atribuye su custodia) y otra la titularidad de tal derecho, la cual es exclusivamente del cónyuge a cuyo favor se atribuye el mismo, pues es a tal cónyuge a quien se atribuye exclusivamente la situación de poder en que el derecho consiste, ya que la limitación a la disposición de la vivienda se remueve con su solo consentimiento.

Además, el derecho de uso sobre la vivienda familiar integra, por un lado, un derecho ocupacional, y, por otro, una limitación de disponer que implica que el titular dominical de la vivienda no podrá disponer de ella sin el consentimiento del titular del derecho de uso o, en su caso, autorización judicial (cfr. artículo 96, último párrafo, del Código Civil). Como ha recordado esta Dirección General, uno de los aspectos que por expresa previsión legal ha de regularse en los supuestos de nulidad, separación o divorcio del matrimonio, es el relativo a la vivienda familiar [cfr. Resoluciones de 11 de abril y 8 de mayo de 2012 ([2.ª)] y obedece la exigencia legal de esta previsión a la protección, básicamente, del interés de los hijos; por lo que no hay razón para excluir la posibilidad de que el juez, si estima que es lo más adecuado al interés más necesitado de protección en la situación de crisis familiar planteada y que no es dañosa para los hijos ni gravemente perjudicial para uno de los cónyuges (cfr. párrafo segundo del artículo 90 del Código Civil), apruebe la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores acordada por los padres.

Debe tenerse en cuenta que, desde el punto de vista de la legislación registral, uno de sus pilares básicos que permiten garantizar la oponibilidad y conocimiento de los derechos inscritos por parte de los terceros —y por ende, favorecer también la propia protección del titular registral—, es el denominado principio de especialidad o determinación registral, que, consagrado en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento.

Puede apreciarse de la doctrina jurisprudencial, en el marco del Derecho común, un diferente tratamiento del derecho de uso sobre la vivienda familiar cuando existen hijos menores, que no permite explícitas limitaciones temporales —si bien, resultarán de modo indirecto— que cuando no existen hijos o éstos son mayores, pues en este último caso, a falta de otro interés superior que atender, se tutela el derecho del propietario, imponiendo la regla de necesaria temporalidad del derecho.

En el presente caso, al otorgarse el convenio regulador se atribuye el uso de la vivienda familiar a la a la hija menor del matrimonio y a la madre, a quien se atribuye la guarda y custodia, dándose además la circunstancia de que, al tiempo

de solicitar la inscripción registral del derecho, dicha hija ya es mayor de edad. El carácter esencialmente temporal de este derecho implica que el mismo no pueda ser atribuido con carácter indefinido, habida cuenta además de la mencionada circunstancia relativa a la mayoría de edad de la hija.

Resolución de 7-11-2023
BOE 30-11-2023
Registro de la Propiedad de Eivissa, número 4.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Si existen dudas fundadas sobre la identidad de la finca procede la denegación de la inscripción de la base gráfica.

No existiendo oposición de colindantes, procede determinar si la calificación del registrador denegando la inscripción está debidamente fundamentada desde el punto de visto jurídico, pues como declaró la Resolución de 26 de julio de 2023, no puede el registrador limitarse a una referencia genérica a los preceptos que a su juicio han sido infringidos, sino que debe indicar que preceptos concretos son aplicables al caso debatido, y por qué los considera infringidos.

Como ha declarado reiteradamente esta Dirección General, la magnitud de la diferencia superficial no es, por sí solo, motivo suficiente para denegar la inscripción de la rectificación de superficie y de la inscripción de la georreferenciación. De igual modo ha declarado reiteradamente esta Dirección General que la mera oposición de un colindante no es suficiente para impedir la inscripción de la georreferenciación. Asimismo, tampoco la falta de oposición significa que el registrador haya de acceder a la incorporación de la georreferenciación.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

La alteración de la realidad física ya resulta del escrito de interposición del recurso y del título presentado, lo que puede suponer una alteración de la realidad física de la finca, a lo que alude el registrador en la nota de calificación, cuando declara que no se puede inscribir el exceso de cabida que responda a una alteración de la realidad extrarregistral de la finca, aunque no aluda a las diferencias existentes entre los linderos catastrales y registrales, lo que también puede suponer un indicio de alteración de la realidad física de la finca. La finca registral 2.839 linda por este y sur con la finca 351. Por todo lo razonado hasta ahora, esta Dirección

General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación recurrida.

Resolución de 8-11-2023
BOE 30-11-2023
Registro de la Propiedad de Salou.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO.

En una venta de un local comercial basta la manifestación de que en el contrato el arrendatario renunció al derecho de adquisición preferente.

La Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, distingue dentro de su ámbito de aplicación entre los arrendamientos destinados a vivienda y los destinados a otros usos distintos del de vivienda. Esos últimos vienen regulados en el Título III y entre los derechos atribuidos al arrendatario se encuentra el de adquisición preferente. Si el derecho de adquisición preferente del arrendatario no existe, porque se ha renunciado al mismo o porque en el contrato de arrendamiento se excluyó por las partes, no es exigible ninguna notificación al arrendatario para inscribir la transmisión de la finca arrendada. Asimismo, si se admite a efectos de inscripción como suficiente la manifestación del vendedor de que la finca está o no arrendada o la identidad del arrendatario, no hay razón alguna para que la validez de dicha manifestación no se extienda a otros elementos del contrato como es la existencia o no de los derechos de adquisición preferente. Este criterio queda reforzado por el propio artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos al no exigir expresamente que se acredite dicha renuncia a diferencia con lo que ocurre con las notificaciones que, a efectos de los derechos de tanteo y retracto, señala el mencionado artículo en caso de venta (apartado 5 de dicho precepto legal).

Resolución de 8-11-2023
BOE 30-11-2023
Registro de la Propiedad de Cambados.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Si existen dudas fundadas sobre la identidad de la finca procede la denegación de la inscripción de la base gráfica.

La registración de un exceso de cabida (o disminución de superficie) stricto sensu solo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de la finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tabularmente es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos originalmente registrados.

Sea como fuere, en el caso que nos ocupa, la inmatriculación ya consta practicada y bajo la salvaguardia de los tribunales, conforme al artículo 1 de la Ley

Hipotecaria, por lo que no puede ser ya cancelada por la registradora ni siquiera, aunque haya llegado a la conclusión, tardía, de que no fue correcta. Como tampoco fue correcto iniciar el procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria para alterar después la georreferenciación catastral inscrita y sustituirla por otra sensiblemente diferente y con mayor superficie que incluye porciones de terreno adicionales que no estaban en la georreferenciación catastral que constituyó el objeto del título inmatriculador. Pero sí es correcto, a la vista de la oposición formulada ahora contra dicha inscripción de georreferenciación alternativa, con las circunstancias concurrentes antes referidas, y, entre ellas, la de que los opositores sí que tienen título de adquisición de la parcela inmatriculada, que la registradora deniegue finalmente la rectificación pretendida.

Resolución de 8-11-2023
BOE 30-11-2023
Registro de la Propiedad de Motilla del Palancar.

DOBLE INMATRICULACIÓN: PROCEDIMIENTO PARA SUBSANARLA.

El primer paso en el procedimiento del art. 209 LH es que el registrador aprecie la existencia de la doble inmatriculación.

Como ya ha señalado esta Dirección General (Resolución de 26 de julio de 2016), tras la entrada en vigor de la nueva ley, el primer requisito para iniciar la tramitación del procedimiento de subsanación es que el registrador aprecie la existencia de doble inmatriculación. Una vez considere esta posibilidad, deberá efectuar las notificaciones y extender la nota marginal que ordena el mismo, a fin de intentar recabar todos los consentimientos precisos para proceder en la forma prevista en los apartados cuarto a séptimo del nuevo artículo 209.1 de la Ley Hipotecaria. En el caso de que el registrador, una vez realizadas las investigaciones pertinentes, en los términos fijados por el citado artículo antes trascrito, concluya que, a su juicio, no hay indicios de la doble inmatriculación, deberá rechazar la continuidad de la tramitación, quedando a salvo la facultad de los interesados para acudir al procedimiento correspondiente en defensa de su derecho al inmueble.

La finca del recurrente se encuentra coordinada con Catastro, por haberlo solicitado así, con lo que podría aplicarse aquí la doctrina de los actos propios, ya que, si admitió una base gráfica catastral como correcta, y solicitó la coordinación de su finca con arreglo a ella, no parece coherente que ahora entienda que el Catastro no es correcto y que parte de su finca está doblemente inmatriculada.

Resolución de 10-11-2023
BOE 30-11-2023
Registro de la Propiedad de San Sebastián de La Gomera.

HERENCIA: TÍTULO INSCRIBIBLE.

Habiéndose resuelto el procedimiento instado por la desheredada la escritura es título inscribible para la adjudicación hereditaria.

El recurso debe ser estimado, habida cuenta de que el título calificado es una escritura pública de adjudicación de herencia respecto de unos bienes sobre los que únicamente ostenta ya derechos la adjudicataria, como resulta del testimonio de la resolución judicial que se ha presentado junto con dicha escritura y que pone fin al procedimiento ordinario que se había seguido a instancias de doña I. M. P., frente a su nuera, doña M. R. N. S., sobre nulidad de testamento en relación con la desheredación de la primera, en defensa de sus derechos como legitimaria en la herencia de su hijo (y, estando conformes en la división de la herencia, se adjudica a dicha legitimaria la mitad indivisa de determinada finca, en pago de sus derechos legitimarios). De este modo, dicho acuerdo transaccional deja sin efecto la desheredación objeto de impugnación, y, además, resulta que la legítima de la heredera forzosa ha quedado satisfecha mediante la adjudicación de una finca que ya se inmatriculó mediante escrituras de compraventa y de partición de herencia conforme a lo establecido en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, haciendo constar en la inscripción que doña I. M. P. había adquirido la finca por herencia de su hijo. Por ello, la referida escritura de adjudicación a la heredera debe reputarse título hábil para obtener la inscripción solicitada.

Resolución de 14-11-2023
BOE 4-12-2023
Registro de la Propiedad de Ayamonte.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: BIENES GANANCIALES.

Es anotable el embargo acordado como medida cautelar si es uno de los cónyuges el que entabla demanda contra el otro.

Este Centro Directivo, en Resoluciones de 17 y 18 de enero, 20 y 23 de junio, 1 de octubre y 19 de noviembre de 2007, 2 de junio y 4 de julio de 2009, 10 de diciembre de 2012 y 11 de diciembre de 2013, entre otras, ha declarado que no corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa sobre cada uno de los bienes que integran la sociedad de gananciales y de la que puedan disponer separadamente, sino que, por el contrario, la participación de aquéllos se predica globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto patrimonio separado colectivo, en tanto que conjunto de bienes con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación, que presupone la actuación conjunta de ambos cónyuges o sus respectivos herederos, y solamente cuando concluyan las operaciones liquidatorias esta cuota sobre el todo cederá su lugar a las titularidades singulares y concretas que a cada uno de ellos se le adjudiquen en las operaciones liquidatorias.

Si la ejecución recae sobre bienes inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad a los problemas expuestos deben añadirse los que pueden derivarse de los principios registrales de legitimación y tracto sucesivo. Desde la perspectiva de la legislación hipotecaria, esta materia se desarrolla, fundamentalmente, en el artículo 144 del Reglamento Hipotecario, que trata de resolver cuestiones de legitimación pasiva respecto de las anotaciones de embargo sobre bienes inmuebles

inscritos, atendiendo a los distintos supuestos en los que puede encontrarse la sociedad de gananciales.

En el supuesto de hecho de este expediente no consta la disolución del régimen económico-matrimonial de gananciales, pues no consta que se haya dictado sentencia de divorcio (cfr. artículos 89 y 1392 del Código Civil y Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2019) por lo que, para que sea anotable el embargo de bienes gananciales, sería necesario que, estando demandado uno de los cónyuges, hubiese sido notificado al otro el embargo, como establece el artículo 144.1 del Reglamento Hipotecario. Pero, la demanda es de uno de los cónyuges contra el otro, y por tanto han sido parte del procedimiento ambos, por lo que huelga la notificación pues resulta expresamente del mandamiento presentado que es el cónyuge del demandado el que solicita el embargo y el demandado es parte del procedimiento; se trata de una medida cautelar en orden a garantizar el resultado de un proceso.

Resolución de 14-11-2023
BOE 4-12-2023
Registro de la Propiedad de Córdoba, número 2.

PARCELACIÓN URBANÍSTICA: LEGISLACIÓN ANDALUZA.

Es aplicable el procedimiento previsto en el art. 79 del RD 1093/1997, siempre que el registrador justifique suficientemente las dudas de la posible existencia de una parcelación.

La reciente Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía, entró en vigor el 23 de diciembre de 2021, es decir, con anterioridad a la fecha de la escritura púbica (8 de julio de 2022). No obstante, puede decirse que la nueva ley, con alguna excepción, no altera sustancialmente el régimen de las parcelaciones urbanísticas en Andalucía. No obstante, el apartado quinto del art. 91.1 señala ahora que la asignación de cuotas en pro indiviso resultantes de transmisiones «mortis causa» o entre cónyuges o pareja de hecho no requerirán licencia, salvo que se demuestre que existe fraude de Ley.

Sobre el tratamiento registral de aquellos negocios que, sin aparecer formalmente como división o segregación, pueden presentar indicios de posible parcelación urbanística este Centro Directivo ha tenido ocasión de analizar diversos supuestos en el ámbito de la legislación andaluza. Su tratamiento, desde el punto de vista registral, debe articularse a través del procedimiento previsto en el artículo 79 del citado Real Decreto de 4 de julio de 1997, siempre y cuando el registrador de forma motivada en su nota de calificación exponga los indicios que, de acuerdo también con la normativa aplicable, puedan justificar la aplicación de tal precepto. En el caso de la mera transmisión de una cuota indivisa ya inscrita en el Registro, amparada por tanto por la legitimación registral, no debe justificar, como regla general, la exigencia de intervención administrativa alguna, a menos que vaya acompañada de un indicio cualificado.

Este indicio revelador de «posible» parcelación urbanística sería suficiente para justificar el inicio del procedimiento regulado en el artículo 79 del Real De-

creto 1093/1997 en orden a que la Administración competente pueda pronunciarse sobre la concurrencia efectiva o no de esa «posible» parcelación urbanística y adoptar las medidas preventivas oportunas, entre ellas la prohibición de disponer —cfr. apartado quinto— con las debidas garantías procedimentales para el interesado.

En este caso, concurre el supuesto previsto en el artículo 8.a), párrafo tercero, del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, pues la participación indivisa corresponde teóricamente a una parte de superficie inferior a la fijada en la ordenación urbanística y territorial vigente, como parcela mínima divisible, según el resultado de aplicar a la total superficie del inmueble objeto de alteración, el porcentaje que representa la cuota indivisa enajenada. Por lo que debe confirmarse el defecto mantenido por el registrador de exigencia de licencia de parcelación o «acto que integre el control previo municipal», como señala la nueva redacción legal, por concurrir el supuesto previsto por el Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía como acto equiparado a la parcelación, correspondiendo al Ayuntamiento la calificación definitiva del acto como efectiva parcelación y su autorización, en su caso, conforme a la ordenación urbanística aplicable.

Resolución de 15-11-2023
BOE 4-12-2023
Registro de la Propiedad de Játiva, número 1.

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: ART. 98 LEY 24/2001.

No puede entenderse autocontratación prohibida por los poderdantes en un poder especial otorgado recíprocamente entre las sociedades contratantes para subsanar defectos que impidan la inscripción.

En el presente caso, el notario autorizante de la escritura calificada reseña el poder objeto de debate y emite el juicio de suficiencia de facultades representativas en la forma expresada en el anterior fundamento de derecho, en una forma tal que debe concluirse que esa reseña del documento auténtico del que resulta la representación expresa las circunstancias precisas para que la registradora pueda revisar que el título autorizado permite corroborar que el notario ha ejercido su función de valoración de la existencia y vigencia del poder y de la suficiencia de las facultades que confiere de forma completa y rigurosa, y que este juicio sea congruente con el contenido del título presentado. Por lo que se refiere a la calificación registral de la congruencia entre el juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas acreditadas y el contenido del negocio formalizado en la escritura cuya inscripción se pretende, según la doctrina de este Centro Directivo anteriormente referida, se entiende que hay falta de congruencia si el citado juicio notarial es erróneo, bien por resultar así de la existencia de alguna norma que exija algún requisito añadido como, por ejemplo, un poder expreso y concreto en cuanto a su objeto, bien por inferirse el error de los datos contenidos en la misma escritura que se califica, u obrantes en el propio Registro de la Propiedad o en otros registros públicos que el notario y el registrador de la propiedad pueden consultar. Este carácter erróneo debe inferirse con claridad de tales datos, sin que

pueda prevalecer una interpretación de estos realizada por el registrador que difiera de la que haya realizado el notario en el ejercicio de la competencia.

El segundo defecto señala que existe autocontratación y conflicto de intereses en tanto don S. O. C. comparece representando a ambas sociedades, fijando unilateralmente el plazo de duración de la condición suspensiva y sin que del poder resulte que se salva expresamente. Al l 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. Pero en el presente caso es determinante el hecho de que, mediante una cláusula más del contrato de fecha 16 de marzo de 2010, relativa a «constitución de derecho de superficie sujeto a condición suspensiva y poder» y ante la eventualidad de que no se logre su inscripción en el Registro de la Propiedad, las partes se otorgan poder recíprocamente para que, ejercidas las facultades conferidas con relación al propio contrato, se obtenga la inscripción. Por tanto, es de esencia a la situación descrita la existencia de conflicto en cuanto el apoderado es la contraparte contractual. La integración en la causa del poder de la situación de conflicto no permite otra conclusión. En el presente caso, en primer lugar, el notario al emitir el juicio de suficiencia, expresa lo siguiente: «(…) dado que el poder especial con carácter irrevocable contenido en la citada escritura 363/2010. La autocontratación y/o múltiple representación está implícito en el mismo poder especial». Como alega el notario, dando una de las dos partes contratantes poder a la otra parte contratante para modificar o subsanar el contrato celebrado entre ambos, si se excluye esa facultad el poder sería inútil, y no se podría ejercer de ninguna de las maneras. A vista de la redacción, ciertamente se indica por el notario la circunstancia de que esté salvada la autocontratación, pero, es más, no tendría sentido el poder especial de otro modo.

Resolución de 15-11-2023
BOE 4-12-2023
Registro de la Propiedad de Elche, número 1.

PARCELACIÓN URBANÍSTICA: VENTA DE PARTICIPACIÓN INDVISA CONCURRIENDO INDICIOS DE PARCELACIÓN ILEGAL.

De conformidad con el art. 79 del RD 1093/1997, procede la debnegación de la venta de una participación indivisa si el Ayuntamiento informa de la existencia de parcelación ilegal.

Esta Dirección General —cfr. Resoluciones de 14 de julio de 2009, 12 de julio de 2010, 2 de marzo y 24 de mayo de 2012 y 2 de enero y 15 de abril de 2013— acorde con los pronunciamientos jurisprudenciales, ha ido desarrollando una doctrina, asumiendo tal concepto de parcelación urbanística, siguiendo el proceso que han seguido las actuaciones para soslayar su prohibición y precisamente para protegerse de ellas, trascendiendo la estricta división material de fincas, la tradicional segregación, división o parcelación, para alcanzar la división ideal del derecho y del aprovechamiento, y en general todos aquellos supuestos en que manteniéndose formalmente la unidad del inmueble, se produce una división en

la titularidad o goce, ya sea en régimen de indivisión, de propiedad horizontal, de vinculación a participaciones en sociedades, o de cualquier otro modo en que se pretenda alcanzar los mismos objetivos.

Respecto al tratamiento registral de aquellos negocios que, sin aparecer formalmente como división o segregación, pueden presentar indicios de posible parcelación urbanística este Centro Directivo ha tenido ocasión de analizar diversos supuestos en las distintas Resoluciones citadas en «Vistos». En esas Resoluciones, después de analizar la legislación estatal y autonómica aplicable, se concluye que, a la hora de analizar el tratamiento de actos o negocios jurídicos que, sin constituir formalmente división o segregación, pueden presentar indicios de parcelación urbanística o formación de núcleo poblacional al margen del planeamiento, este Centro Directivo ha entendido que dichos actos se someterán al previo requisito registral de acreditación de licencia o declaración de innecesariedad —artículo 78 del Real Decreto 1093/1997 en relación al artículo 26 de la Ley de Suelo— cuando la legislación sustantiva aplicable equipare expresamente el acto en cuestión a la parcelación en sentido estricto sometida a dichos títulos administrativos. En otro caso, el tratamiento del mismo desde el punto de vista registral debe articularse a través del procedimiento previsto en el artículo 79 del citado Real Decreto de 4 de julio de 1997, siempre y cuando el registrador de forma motivada en su nota de calificación exponga los indicios que, de acuerdo también con la normativa aplicable, puedan justificar la aplicación de tal precepto.

Por lo que, atendida la normativa de aplicación y la jurisprudencia reciente sobre parcelaciones urbanísticas debe confirmarse el defecto expuesto por la registradora dado que el órgano competente se ha pronunciado expresamente sobre la concurrencia de una parcelación urbanística ilegal. Si bien la mera compraventa de cuota indivisa sería un negocio civil neutro desde el punto de vista urbanístico, la vulneración de la norma urbanística prohibitiva de parcelaciones, aplicable no sólo a los estrictos actos jurídicos de división o segregación, conlleva mantener el cierre registral a la escritura calificada.

Resolución de 15-11-2023
BOE 4-12-2023
Registro de la Propiedad de Lleida, número 3.

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: ART. 98 LEY 24/2001.

Se reitera la doctrina de la DG sobre la extensión de las facultades de calificación en relación con el juicio de suficiencia notarial de las facultades de un administrador.

El registrador deberá calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título. Dicho de otro modo, deberá calificar que se ha practicado la reseña de modo adecuado y que se ha incorporado un juicio de sufi-

ciencia de las facultades del representante, siendo el contenido de éste congruente con el acto o negocio jurídico documentado. Las exigencias del juicio de suficiencia no se cumplen si se relacionan de forma lacónica o genérica las facultades representativas del apoderado o representante, si el notario utiliza expresiones genéricas, ambiguas o imprecisas, como cuando usa fórmulas de estilo que —a falta de reseña, siquiera somera, de las facultades acreditadas— se circunscriben a afirmar que la representación es suficiente «para el acto o negocio documentado», en vez de referirse de forma concreta y expresa al tipo de acto o negocio que en la escritura se formaliza. No obstante, ha de tenerse en cuenta que, al tratarse de representación orgánica y ser ilimitable frente a terceros el ámbito legal del poder representativo, no cabe exigir reseña alguna de facultades representativas (cfr. artículo 185.6 del Reglamento del Registro Mercantil).

En el concreto supuesto de este expediente, el notario emite su juicio de suficiencia respecto de las facultades representativas de la administradora de la sociedad compradora. Como se ha expuesto, en el encabezamiento del título que se otorga consta literalmente «escritura de compraventa»; y el notario autorizante manifiesta que, a su juicio, esa administradora tiene facultades suficientes para otorgar esa escritura al principio ya calificada, por lo que no puede referirse el juicio de suficiencia a otra cosa que no sea esa. Se reseña detallada y precisamente el título del que resulta el nombramiento del cargo. Respecto de las facultades representativas de la administradora —que, como se ha expresado no es necesario reseñar— no se emplean expresiones genéricas, ambiguas o imprecisas, sino que, por el contrario, es indudable que se refieren al único y concreto negocio formalizado, que es la compraventa detallada, por lo que debe entenderse que ese juicio notarial es expreso, concreto y coherente con el negocio documentado.

Resolución de 28-7-2023
BOE 5-12-2023
Registro de la Propiedad de Arteixo.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: INVASIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.

No puede accederse a la inmatriculación de una finca si la administración informa desfavorablemente sobre la invasión del demanio en los términos del art. 205 LH.

No hay precepto alguno que prevea que la georreferenciación catastral resultante de alguno de los procedimientos de incorporación catastral haya de ser vinculante o de obligada inscripción para el Registro de la Propiedad, ni que la posición de conformidad, la oposición o la no oposición que cualquier interesado haya adoptado en un procedimiento estrictamente catastral haya de vincular a dicho interesado en el procedimiento registral que eventualmente se tramite, o permita prescindir de efectuarle, en el seno del procedimiento registral (…) las notificaciones registrales preceptivas con concesión de plazo de alegaciones, que habrán de ser valoradas en la decisión final del registrador. La alegación de que una determinada resolución de incorporación catastral tuviera que ser legalmente

vinculante para el Registro de la Propiedad resultaría completamente desacertada y contraria al derecho vigente, por más que se hayan adoptado muchas medidas legales para avanzar hacia la coordinación entre el Registro y el Catastro.

En el caso que motiva el presente recurso consta esa oposición expresa de la administración pública, en concreto la Xunta de Galicia, y, además, de modo fundamentado y con documentación gráfica georreferenciada, por lo que es correcta la actuación registral de denegar, o más propiamente, como se ha hecho en el caso que nos ocupa, suspender la inmatriculación pretendida.

Tiene razón el recurrente cuando se lamenta de que la administración no ha cumplido su obligación de inscribir el dominio público. O cuando invoca que, si una inmatriculación invadiera dominio público, la administración aún tiene potestad para recuperar el dominio público invadido por una inscripción registral. Pero, en cuanto a la protección registral del dominio público, tal y como ha reiterado esta Dirección General, por ejemplo en su Resolución de 26 de abril de 2022 (y muchas otras anteriores y posteriores) esta protección que la Ley otorga al mismo no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito, pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción.

Resolución de 23-11-2023
BOE 14-12-2023
Registro de la Propiedad de Barcelona, número 22.

HIPOTECA: CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL.

Aunque corresponde al notario la función de control de transparencia material focalizada en el acta previa, el registrador ha de comprobar que se ha realizado la reseña exigida por la Ley correctamente.

La Ley 5/2019 impone a los notarios unos amplios deberes de control de la legalidad y la transparencia material del contrato de préstamo, cuyo centro de gravedad se sitúa en el acta de información que se debe firmar al menos un día antes del otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario, pero que incluye también otros aspectos adicionales: el control del transcurso del plazo de 10 días desde la entrega de la documentación informativa hasta la firma de la escritura, del cumplimiento en su clausulado de las limitaciones que con carácter imperativo se imponen en los artículos 20 al 25, del depósito de las condiciones generales del contrato en el correspondiente Registro, etc. Tanta importancia tiene la realización de estos controles, y en particular del acta de información previa, que el artículo 15.7 de la Ley 5/2019 ordena que en la escritura pública del préstamo el notario autorizante de ésta inserte una reseña identificativa del acta de transparencia, con expresión de número de protocolo, notario autorizante y su fecha de autorización, así como la afirmación del notario bajo su responsabilidad, de acuerdo con el acta, de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en ese artículo. Si no se acredita que se han cumplido

todas esas obligaciones a las que se refiere el artículo 14.1, no podrá autorizarse la escritura pública de préstamo, por prohibirlo expresamente el artículo 15.5.

Ahora bien, ello no significa que, al hacerse constar que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento referidos, se deba emplear fórmula literal o ritual alguna, máxime si se tiene en cuenta que, como se ha expresado, si se ha autorizado el acta previa es porque se han cumplido tales requisitos. Por otra parte, de la referida normativa resulta inequívocamente que no es el registrador sino el notario a quien corresponde comprobar el cumplimiento del principio de transparencia material mediante la verificación de la documentación acreditativa de que se han observado los requisitos previstos en el artículo 14.1, lo que hará constar en la referida acta notarial previa a la formalización de la escritura; y la función del registrador es calificar la existencia de la reseña de dicha acta (con el contenido expresamente establecido en la ley —número de protocolo, notario autorizante y su fecha de autorización—), así como la afirmación del notario bajo su responsabilidad, de acuerdo con el acta, de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en el artículo 15 de la ley.

No obstante, en el presente caso, el notario autorizante de la escritura calificada se limita a hacer hecho constar en ella que las partes manifiestan que se ha entregado dentro de los plazos establecidos la documentación y la información precontractual establecida en el artículo 14 de la referida Ley 5/2019; y se añade una expresión («habiéndose otorgado el acta notarial establecida en el artículo 15, en fecha 16 de septiembre de 2022, ante mí, número de protocolo 2604») que debe considerarse insuficiente para cumplir la obligación que dicha ley le impone de incluir de forma expresa, como se ha indicado, «la afirmación del notario bajo su responsabilidad, de acuerdo con el acta, de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en este artículo».

Resolución de 23-11-2023
BOE 14-12-2023
Registro de la Propiedad de Boltaña.

HERENCIA: FIDUCIA SUCESORIA EN ARAGÓN.

La interpretación de la fiducia sucesoria aragonesa es la contraria a la del derecho común. Las limitaciones a las facultades dispositivas del fiduciario han de señalarse expresamente.

El primero de los defectos señalados —que el testamento que se ha aportado es una simple fotocopia que nada acredita— depende de la resolución del segundo, de modo que, si se estima la pretensión del notario recurrente, carecerá de trascendencia dicho testamento. Por tanto, se ha de resolver primeramente el fondo del recurso.

En el ámbito de Derecho civil común, la interpretación de las facultades de disposición en el caso de fideicomisos de residuo es restrictiva. Pero dada la zona de aplicación (Aragón y especialmente el Pirineo aragonés), debe tenerse en cuenta las especialidades del Derecho foral aragonés y las normas de derecho con-

suetudinario que allí se aplican. Así, la primera nota diferenciadora es que en el Derecho aragonés no se regula directamente la sustitución fideicomisaria, de manera que, el único supuesto en que se refiere a una situación similar, es el pacto de institución recíproca (artículo 395.3 del Código de Derecho Foral de Aragón), en el que se establece una sustitución «ex lege» a favor de los herederos legales del premuerto para el caso de que el sobreviviente fallezca sin dejar descendientes, lo que deja claro que, para que esa sustitución se aplique, el sobreviviente ha de fallecer sin haber dispuesto «por cualquier título de los bienes procedentes del primeramente fallecido». Ahora bien, no es el pacto sucesorio de este supuesto, pero pone de manifiesto que el legislador aragonés, cuando ha regulado estas sustituciones, considera que el instituido puede disponer por cualquier título, y también por causa de muerte, salvo, lógicamente, que se hayan limitado de modo expreso esas facultades dispositivas.

A la vista de la literalidad de la cláusula de la escritura de sucesión contractual, puede sostenerse que lo que estableció en el pacto sucesorio no fue una sustitución fideicomisaria de residuo en sentido estricto puro, sino una institución contractual, que es una figura diferente, propia del Derecho aragonés, de origen consuetudinario y similar en su finalidad a lo que, desde el punto de vista de la técnica jurídica, se denomina en el ámbito del Derecho común sustitución preventiva de residuo, en la que el instituido no ve limitada su facultad de disponer por causa de muerte, de forma que la sustitución sólo se aplicaría en caso de no haber dispuesto por título alguno; es decir, se trata de una cláusula destinada a prevenir el abintestato. Por tanto, la cuestión es si la atribución de las facultades ha de ser expresa, o si por el contrario lo que ha de ser expreso es la limitación de las mismas. La solución en Derecho común —según la jurisprudencia y la doctrina que la interpreta— es la opuesta a la que da el Derecho consuetudinario aragonés (costumbre y doctrina).

En el Derecho aragonés, especialmente en el territorio del Pirineo, la solución consuetudinaria, es justamente la contraria; la fórmula «sin haber dispuesto», «sin disponer», no es ambigua sino rotunda; si no se limita expresamente de algún modo —«a título tal o a título cual»—, significa lo que literalmente dice. Esto cohonesta con el espíritu y principios del Derecho aragonés, que es un Derecho y una costumbre que, en materia sucesoria, atribuye un importantísimo papel a la confianza —fiducia—, y de ahí, la amplitud de facultades que de ella derivan; y tiene su máxima manifestación en la institución de la fiducia sucesoria, en la que se les concede amplísimas facultades a los fiduciarios —cónyuge o parientes— para regular la sucesión de quien la otorga «con la misma libertad con que podría hacerlo el causante» (artículo 457.1 del Código de Derecho Foral de Aragón).

Para que esta escritura sirva de complemento o subsanación de la de manifestación de herencia, se hace preciso que se justifique que los intervinientes en la donación son los mismos llamados a la sucesión de don J. R. P. P. En consecuencia, debe acreditarse esto mediante el testimonio o la presentación del último testamento de don J. R. P. P., mediante documento fehaciente sin que baste una mera fotocopia, por lo que debe confirmarse también el primer defecto señalado.

Resolución de 23-11-2023
BOE 14-12-2023
Registro de la Propiedad de Jijona.

HERENCIA: FORMALIDADES DE LEGALIZACIÓN DE DOCUMENTOS EXTRANJEROS A LA LUZ DEL REGLAMENTO (UE) 650/2012.

La aplicación de los principios del Reglamento de sucesiones europeo implica la no exigibilidad de las apostillas para los certificados expedidos por autoridades de otros países.

El artículo 74 del Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio, establece lo siguiente: «Legalización y demás formalidades similares. No se exigirá legalización ni formalidad análoga alguna para los documentos expedidos en un Estado miembro en el marco del presente Reglamento». La expresión empleada es meridiana y, como alega la notaria recurrente, no se refiere exclusivamente a los certificados sucesorios europeos sino también a cualesquiera documentos en el marco del proceso sucesorio, esto es, a todos los títulos sucesorios europeos —testamentos, pactos sucesorios y declaraciones de herederos, sean judiciales o notariales en el ejercicio de la jurisdicción voluntaria en su respectivo país—. El certificado sucesorio europeo igualmente es compatible con las declaraciones de herederos internas, que se sujetan a lo que dispone el Reglamento en cuanto a la ley aplicable, así como a las normas de competencia que se recogen en los artículos 4 y siguientes de aquél.

En cuanto a la fecha de aplicación de la norma correspondiente a las sucesiones, la disposición transitoria primera del artículo 83 del Reglamento (UE) n.º 650/2012 establece lo siguiente: «1. Las disposiciones del presente Reglamento se aplicarán a la sucesión de las personas que fallezcan el 17 de agosto de 2015 o después de esa fecha». En el supuesto concreto, se formalizan las operaciones particionales relativas a las herencias causadas por dos cónyuges, ambos de nacionalidad alemana, una de ellas abierta el día 8 de septiembre de 2004, y la otra el día 2 de diciembre de 2021. En el presente caso es determinante que se tramitan simultáneamente ambas sucesiones, de las cuales una de ellas, absolutamente vinculada a la otra, corresponde a un fallecimiento posterior a la entrada en vigor del Reglamento; que la declaración de herederos judicial fue solicitada el día 9 de noviembre de 2022; y que debe imperar el criterio finalista de cooperación y confianza mutuas en el tratamiento de la sucesión internacional. En consecuencia, debe admitirse la aplicación de la exención de apostilla para ambos certificados judiciales de acreditación de herederos («Erbschein»).

Resolución de 27-11-2023
BOE 19-12-2023
Registro de la Propiedad de Zafra.

SUELOS CONTAMINADOS: ALCANCE DE LA DECLARACIÓN IMPUESTA POR EL ART. 98.3 DE LA LEY 7/2022 EN LOS CASOS DE DISLOUCIÓN DE CONDOMINIO.

La declaración que establece el art. 98.3 de la Ley 7/2022 no es exigible en un caso de disolución de comunidad en el que uno de los condueños adquiere la totalidad de la finca.

El presente recurso tiene por objeto determinar el alcance de la obligación impuesta por el artículo 98.3 de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular. El legislador ha considerado oportuno servirse de las funciones de notarios y registradores de la Propiedad, en coordinación con las actuaciones que deben desplegar las Administraciones Públicas, respecto del control de suelos afectados por actividades potencialmente contaminantes. Y es que el Registro de la Propiedad constituye una herramienta enormemente útil, tanto para cualquier tercero que puede así conocer la posible afectación de una determinada finca por la realización de este tipo de actividades potencialmente contaminantes, como para la propia Administración, que puede obtener una información esencial sobre la existencia de suelos contaminados.

Y en este punto, este Centro Directivo ha precisado que la norma en cuestión (artículo 98.3) sólo afecta al propietario, transmita la propiedad o cualquier otro derecho real, pero no al titular de cualquier derecho real (por ejemplo, usufructo) que dispusiera de su derecho, ni a los actos de gravamen. Sí, e indiscriminadamente, a actos gratuitos y onerosos, y también a las transmisiones «mortis causa», por razón de la posición de los sucesores «mortis causa», los herederos en tanto que continuadores de las relaciones del causante (recordemos que, por el contrario, el legatario no es un sucesor sino un adquirente). Y también a todo tipo de declaración de obra nueva, sea por antigüedad (artículo 28.4 de la Ley estatal de suelo) o con licencia (artículo 28.1 de la misma ley); tanto iniciada como terminada.

En el presente caso se extingue la comunidad existente sobre una finca rústica que habían adquirido por herencia dos hermanos por partes iguales, adjudicándose íntegramente, dado su carácter indivisible, a uno de los copropietarios, quien paga al otro copropietario el valor de su parte. Como ha recordado recientemente este Centro Directivo en Resolución de 25 de septiembre de 2023, el debate sobre la naturaleza jurídica de la división de la cosa común ha dado lugar a numerosas aportaciones jurisprudenciales y doctrinales. En realidad, lo que sucede es que la división de la cosa común presenta una naturaleza jurídica compleja, difícil de reducir a la dicotomía entre lo traslativo y lo declarativo. Pero, en todo caso, se trate o no la disolución de comunidad de un acto traslativo, se produce como consecuencia de la misma una mutación jurídico real de carácter esencial, pues extingue la comunidad existente y modifica el derecho del comunero y su posición de poder respecto del bien (véase la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2011, según la cual debe ser calificado de verdadera atribución patrimonial), lo que explica, por ejemplo, que haya sido considerada por esta Dirección General como título inmatriculador.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo ha puesto de relieve que «la división de la cosa común y la consiguiente adjudicación a cada comunero en proporción a su interés en la comunidad de las partes resultantes no es una transmisión patrimonial propiamente dicha —ni a efectos civiles ni a efectos fiscales— sino una mera especificación o concreción de un derecho abstracto preexistente» (vid. Sentencias números 1484/2018, 9 de octubre, 382/2019, 20 de marzo, y 1269/2022, 10 de octubre). Por las consideraciones anteriores, y atendiendo al fundamento de la norma legal debatida, debe concluirse que, al no tratarse propiamente de una

transmisión, no es exigible que se declare si se ha realizado o no una actividad que potencialmente sea contaminante del suelo.

Resolución de 27-11-2023
BOE 19-12-2023
Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 12.

HIPOTECA: CANCELACIÓN. REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: ART. 98 LEY 24/2001.

La cancelación de una hipoteca no puede hacerse por medio de un acta en la que se da por acreditado que se ha realizado el pago, sin que intervenga el acreedor hipotecario.

En relación con la falta de motivación de la calificación, del análisis de la nota objeto del recurso resulta que se señalan los motivos que, a juicio de la registradora, impiden la inscripción de la escritura, y los fundamentos en los que se apoya para justificarlos —que podrán o no ser acertados—. El escrito de recurso está destinado a rebatir las normas en las que se fundamenta la calificación. En consecuencia, es evidente que la calificación está suficientemente motivada.

Aunque la obligación asegurada por la hipoteca se haya extinguido, la cancelación de la inscripción requiere que el acreedor titular registral de la garantía otorgue la oportuna escritura pública (o que, a falta de ésta y tras la tramitación de un procedimiento judicial en el que dicho acreedor haya sido parte, se dicte sentencia firme que ordene la cancelación). No cabe, por lo tanto, una cancelación automática mediante la acreditación del pago de la obligación, sino que se hace necesario, para que la hipoteca se extinga frente a todos, su cancelación mediante negocio jurídico cancelatorio. Ese negocio cancelatorio ha de ser objeto de escritura y no de acta notarial.

El registrador deberá calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título. Dicho de otro modo, deberá calificar que se ha practicado la reseña de modo adecuado y que se ha incorporado un juicio de suficiencia de las facultades del representante, siendo el contenido de éste congruente con el acto o negocio jurídico documentado. En el presente caso es evidente que falta la congruencia del juicio notarial sobre la suficiencia de las facultades de representación acreditadas y el contenido de la escritura, pues aquél se refiere literalmente al «otorgamiento de la presente escritura de préstamo hipotecario», cuando, en realidad, se trata de una escritura de carta de pago y cancelación de hipotecas. Por lo demás, esta falta de congruencia se debe a un error material fácilmente subsanable por el notario autorizante, sin necesidad de que —en este extremo— se hubiera interpuesto un recurso como el presente.

Resolución de 27-11-2023
BOE 19-12-2023
Registro de la Propiedad de Vila-seca.

HIPOTECA: CANCELACIÓN. REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: ART. 98 LEY 24/2001.

La cancelación de una hipoteca no puede hacerse por medio de un acta en la que se da por acreditado que se ha realizado el pago, sin que intervenga el acreedor hipotecario.

En relación con la falta de motivación de la calificación, del análisis de la nota objeto del recurso resulta que se señalan los motivos que, a juicio de la registradora, impiden la inscripción de la escritura, y los fundamentos en los que se apoya para justificarlos —que podrán o no ser acertados—. El escrito de recurso está destinado a rebatir las normas en las que se fundamenta la calificación. En consecuencia, es evidente que la calificación está suficientemente motivada.

Aunque la obligación asegurada por la hipoteca se haya extinguido, la cancelación de la inscripción requiere que el acreedor titular registral de la garantía otorgue la oportuna escritura pública (o que, a falta de ésta y tras la tramitación de un procedimiento judicial en el que dicho acreedor haya sido parte, se dicte sentencia firme que ordene la cancelación). No cabe, por lo tanto, una cancelación automática mediante la acreditación del pago de la obligación, sino que se hace necesario, para que la hipoteca se extinga frente a todos, su cancelación mediante negocio jurídico cancelatorio. Ese negocio cancelatorio ha de ser objeto de escritura y no de acta notarial.

El registrador deberá calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título. Dicho de otro modo, deberá calificar que se ha practicado la reseña de modo adecuado y que se ha incorporado un juicio de suficiencia de las facultades del representante, siendo el contenido de éste congruente con el acto o negocio jurídico documentado. En el presente caso es evidente que falta la congruencia del juicio notarial sobre la suficiencia de las facultades de representación acreditadas y el contenido de la escritura, pues aquél se refiere literalmente al «otorgamiento de la presente escritura de préstamo hipotecario», cuando, en realidad, se trata de una escritura de carta de pago y cancelación de hipotecas. Por lo demás, esta falta de congruencia se debe a un error material fácilmente subsanable por el notario autorizante, sin necesidad de que —en este extremo— se hubiera interpuesto un recurso como el presente.

Resolución de 27-11-2023
BOE 19-12-2023
Registro de la Propiedad de Barcelona, número 1.

TRANSACCIÓN EXTRAJUDICIAL: EFECTOS.

Para inscribir una escritura otorgada en ejecución de otra anterior en la que se plasmó un acuerdo transaccional entre las partes, es preciso acompañar ambas escrituras.

Con carácter de cuestión procedimental previa, hay que recordar que, conforme ha declarado reiteradamente este Centro Directivo (cfr., entre otras, Resoluciones de 12 de febrero de 2010 y 26 de septiembre de 2011), el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria 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. En el presente caso, la registradora sustituta ha confirmado la calificación de la registradora sustituida en el defecto señalado por ésta, por lo que, aun cuando el recurso presentado parece que se interpone contra ambas calificaciones y se alegan cuestiones procedimentales y de otro índole relativas a la emisión de la calificación sustitutoria, la presente resolución, conforme al precepto legal señalado, debe limitarse a revisar la calificación de la registradora sustituida, única legalmente recurrible.

El artículo 1809 del Código Civil define la transacción como un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado. El artículo 1816 de dicho Código establece por su parte que la transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada, si bien no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial. De todo lo anterior resulta con claridad que la transacción es un contrato.

Las partes celebran la transacción estableciendo determinados compromisos o prestaciones, de hacer en el caso del inmueble, que deberán cumplir, teniendo el pacto mencionado relativo al inmueble un carácter solo obligacional («otorgará», «consentirán», «quedará sometida»). En la siguiente escritura, el número 2.018, doña N. F. A. T. G. procede a realizar la citada transmisión por compraventa y donación irrevocable y no colacionable de la licencia turística y del inmueble como unidad económica de explotación a favor de don J. P. G., con las particularidades de que solo estas dos personas comparecen en esta escritura número 2.018, sin que comparezcan o intervengan en ella las otras tres personas que suscribieron la transacción, y que la donación no se somete a las condiciones que las partes que suscribieron la transacción acordaron establecer para esta. Por tanto, en esta escritura se procede a ejecutar o cumplir uno de los pactos incluidos en la transacción, pero sin sujetarse a los términos de ésta. En la escritura 2.017 de protocolo se establece un pacto en el marco de un convenio transaccional y en la escritura 2.018 de protocolo se lleva a cabo el cumplimiento o ejecución de ese pacto. Ello debería hacerse de acuerdo con lo estipulado en la transacción, que tiene fuerza de ley entre las partes (artículo 1091 del Código Civil). Por lo tanto, esta escritura 2.017 también puede y debe ser tenido en cuenta por la registradora para su calificación y este es el motivo por el que solicitó una copia de esta escritura al notario autorizante, siendo por ello correcta su actuación.

No se entiende por ello que el notario recurrente considere que no se puede tener en cuenta la escritura 2.017, como si no existiese, cuando la propia escritura 2.018 menciona que se otorga en ejecución de aquel, o que defienda que el principio de rogación determina que se ha solicitado la inscripción de la escritura 2.018 pero no de la 2.017, cuando lo que será en su caso objeto de inscripción será la compraventa y donación que se lleva a efecto en aquel, pero una vez tenido en cuenta la escritura 2.017 para su calificación.

La transacción acordada por las partes en la escritura 2.017 y la ejecución de parte de lo acordado en dicha transacción que se realiza en la escritura 2.018 no tienen que realizarse necesariamente en unidad de acto, pero es evidente que forman parte del mismo acuerdo o transacción: este es ejecución de aquel, y por tanto es correcta la actuación de la registradora al entender que necesita también la escritura 2.017 para calificar si es o no inscribible la escritura 2.018. Por otro lado, señala el notario que lo que envió al Registro no es una copia de la escritura con número de protocolo 2.017, sino un «borrador» de la misma. Tal como señala la registradora en su informe, esta afirmación no se puede sostener. La Real Academia Española define el borrador, en la acepción que ahora interesa, como un escrito provisional en que pueden hacerse modificaciones. Si se ha autorizado la escritura 2.018, en el que además se hace referencia al número de protocolo anterior, el 2.017, es porque ya se ha autorizado la escritura 2.017. Por lo tanto, resulta cuanto menos extraño que se remita a un Registro el borrador de una escritura que ya ha sido autorizada —es inaudito pensar que lo que se está recibiendo en el Registro, después de haber solicitado al notario que remita una escritura, es un borrador de ésta—.

Resolución de 28-11-2023
BOE 19-12-2023
Registro de la Propiedad de El Campello.

HERENCIA: PAGO DE LA LEGÍTIMA EN METÁLICO CONFORME AL 841 CC.

Aunque en el testamento se invoca el 841 CC, dado que se ha pagado la legítima de uno de los legitimarios con metálico inventariado en la herencia, no es necesaria la autorización judicial o notarial.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (vid. «Vistos») que, siendo practicada la partición por el contador-partidor, no es necesaria la intervención de todos los legitimarios. Ha puesto de relieve este Centro Directivo que para que la partición del contador se sujete a lo establecido en los artículo 841 y siguientes es preciso que la autorización del testador se refiera a dicho precepto legal, ya sea invocándolo expresamente 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 citado artículo 841. En el supuesto de este expediente, según el sentido literal de las cláusulas del testamento, es claro que el testador atribuye al contador-partidor la facultad de pago de la legítima en metálico a que se refieren los artículos 841 y siguientes del Código Civil.

El artículo 841 del Código Civil supone una importante excepción, ya que permite, si así lo establece expresamente el testador, a uno o algunos de los descendientes, o al contador-partidor, en lugar de pagar la legitima de los demás legitimarios con bienes de la herencia, como es ordinariamente obligatorio, conmutar su cuota por un caudal que se pagará en efectivo metálico. La doctrina y la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2012 han admitido que el pago de la

legítima se haga con metálico extrahereditario porque la finalidad de salvaguarda de la intangibilidad material de la legítima y de la seguridad respecto del pago efectivo de la misma viene también reforzada desde la perspectiva conceptual que presenta el pago en metálico de la legítima de los descendientes conforme al marco establecido en los artículos 841 y siguientes del Código Civil.

En el supuesto concreto de este expediente, al pagarse los derechos de uno de los legitimarios —por su legado de legítima estricta— mediante adjudicación de dinero de una cuenta corriente que consta en el inventario, no se conculca la legítima como «pars bonorum». El contador-partidor se ha limitado a contar y partir, sin transformar la legítima de ninguno de los hijos —que es «pars bonorum» y que debe consistir necesariamente en bienes de la herencia— sin generar ningún derecho de crédito frente a los demás herederos, dado que con el metálico del caudal hereditario se han cubierto los derechos del legatario de legítima estricta con dinero que procede del causante. Por tanto, no se ha hecho uso de la facultad de pago en metálico del artículo 841 del Código Civil, de modo que no es necesaria autorización judicial o notarial aunque dicho legitimario no haya confirmado la partición.

Resolución de 28-11-2023
BOE 19-12-2023
Registro de la Propiedad de Getafe, número 2.

DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN CASOS DE SEPARACIÓ Y DIVORCIO: DURACIÓN.

Se reitera la doctrina de la DG de que sólo cuando no existen hijos o éstos son mayores es necesario fijar un límite temporal a la atribución del uso de la vivienda familiar.

Según la reiterada doctrina de este Centro Directivo, al abordar la naturaleza jurídica del derecho de uso sobre la vivienda familiar regulado en el artículo 96 del Código Civil, lo procedente es considerarlo como un derecho de carácter familiar y, por tanto, ajeno a la distinción entre derechos reales y de crédito, ya que ésta es una clasificación de los derechos de carácter patrimonial, y el expresado derecho de uso no tiene tal carácter patrimonial, sino de orden puramente familiar para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de tal vivienda (cfr. el último párrafo del citado precepto).

Tal carácter impone consecuencias especiales, como la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por éste, pues una cosa es el interés protegido por el derecho atribuido (en este caso el interés familiar y la facilitación de la convivencia entre los hijos y el cónyuge a quien se atribuye su custodia) y otra la titularidad de tal derecho, la cual es exclusivamente del cónyuge a cuyo favor se atribuye el mismo, pues es a tal cónyuge a quien se atribuye exclusivamente la situación de poder en que el derecho consiste, ya que la limitación a la disposición de la vivienda se remueve con su solo consentimiento.

En general se entiende que la posición jurídica de los hijos en relación con el uso de la vivienda familiar atribuido a uno de los cónyuges en casos de crisis

matrimoniales no se desenvuelve en el ámbito de los derechos patrimoniales, sino en el de los familiares, siendo correlato de las obligaciones o deberes-función que para los progenitores titulares de la patria potestad resultan de la misma (cfr. artículo 154 del Código Civil), que no decaen en las situaciones de ruptura matrimonial (cfr. Resolución de 9 de julio de 2013). Esto no impide que, si así se acuerda en el convenio y el juez, en atención al interés más necesitado de protección, aprueba la medida acordada por los cónyuges, se atribuya, en consecuencia, el uso del domicilio familiar a los hijos menores.

Debe tenerse en cuenta que, desde el punto de vista de la legislación registral, uno de sus pilares básicos que permiten garantizar la oponibilidad y conocimiento de los derechos inscritos por parte de los terceros —y por ende, favorecer también la propia protección del titular registral—, es el denominado principio de especialidad o determinación registral, que, consagrado en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, impone que los derechos que pretendan acceder al Registro deberán estar perfectamente determinados en sus aspectos subjetivos, objetivos y contenido, incluyendo por tanto los límites temporales de su duración. Y tratándose de derechos de vida limitada, como es el derecho de uso, una de las circunstancias que debe concretarse por los interesados es su duración o término, ya sea esta fija o variable. Puede apreciarse de la doctrina jurisprudencial, en el marco del Derecho común, un diferente tratamiento del derecho de uso sobre la vivienda familiar cuando existen hijos menores, que no permite explícitas limitaciones temporales —si bien, resultarán de modo indirecto— que cuando no existen hijos o éstos son mayores, pues en este último caso, a falta de otro interés superior que atender, se tutela el derecho del propietario, imponiendo la regla de necesaria temporalidad del derecho.

Sin duda, de la jurisprudencia reseñada y de la doctrina de este Centro Directivo, confirmada por la nueva redacción del artículo 96 del Código Civil, resulta que, según se ha expresado anteriormente, sólo cuando no existen hijos o éstos son mayores es necesario fijar un límite temporal a la atribución del uso de la vivienda familiar. En el presente caso es determinante el hecho de que, como resulta de la misma sentencia de divorcio, cuando se dictó existían hijos menores de edad. Pero de la documentación presentada no resultan las circunstancias personales de dichos hijos, por lo que no puede saberse si éstos siguen siendo menores de edad.

Resolución de 28-11-2023
BOE 19-12-2023
Registro de la Propiedad de Fuenlabrada, número 3.

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: ART. 98 LEY 24/2001.

Se reitera la doctrina de la Dg respecta al alcance de la calificación registral sobre el juicio de suficiencia notarial.

El registrador deberá calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la con-

gruencia del juicio que hace el notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título. Dicho de otro modo, deberá calificar que se ha practicado la reseña de modo adecuado y que se ha incorporado un juicio de suficiencia de las facultades del representante, siendo el contenido de éste congruente con el acto o negocio jurídico documentado.

Este Centro Directivo ha abordado en numerosas ocasiones la cuestión del juicio de suficiencia emitido con ciertas fórmulas o expresiones que han sido calificadas negativamente por el registrador en cuanto a su especificación. Según dicha doctrina, las exigencias del juicio de suficiencia no se cumplen si se relacionan de forma lacónica o genérica las facultades representativas del apoderado o representante, si el notario utiliza expresiones genéricas, ambiguas o imprecisas, como cuando usa fórmulas de estilo que —a falta de reseña, siquiera somera, de las facultades acreditadas— se circunscriben a afirmar que la representación es suficiente «para el acto o negocio documentado», en vez de referirse de forma concreta y expresa al tipo de acto o negocio que en la escritura se formaliza.

Por lo que se refiere a la calificación registral de la congruencia entre el juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas acreditadas y el contenido del negocio formalizado en la escritura cuya inscripción se pretende, según la doctrina de este Centro Directivo anteriormente referida, se entiende que hay falta de congruencia si el citado juicio notarial es erróneo, bien por resultar así de la existencia de alguna norma que exija algún requisito añadido como, por ejemplo, un poder expreso y concreto en cuanto a su objeto, bien por inferirse el error de los datos contenidos en la misma escritura que se califica, u obrantes en el propio Registro de la Propiedad o en otros registros públicos que el notario y el registrador de la propiedad pueden consultar. Este carácter erróneo debe inferirse con claridad de tales datos, sin que pueda prevalecer una interpretación de estos realizada por el registrador que difiera de la que haya realizado el notario en el ejercicio de la competencia que a tal efecto le atribuye la ley.

En el concreto supuesto de este expediente, el notario reseña detallada y precisamente la escritura de la que resultan las facultades representativas del apoderado de los restantes compradores; y manifiesta que juzga a este con facultades suficientes para otorgar esa concreta escritura de compraventa. No se emplean expresiones genéricas, ambiguas o imprecisas, sino que, por el contrario, es indudable que se refieren al único y concreto negocio formalizado.

Resolución de 4-12-2023
BOE 27-12-2023
Registro de la Propiedad de Astorga.

CONVENIO REGULADOR DE LOS EFECTOS DE LA SEPARACIÓN O DIVORCIO: ÁMBITO.

No cabe inscribir una transmisión de un bien privativo de los cónyuges por haberlo adquirido antes del matrimonio sin que se otorgue escritura pública.

Como ha puesto de relieve este Centro Directivo (vid. Resoluciones citadas en el apartado «Vistos» de la presente), es inscribible el convenio regulador sobre liqui-

dación del régimen económico-matrimonial que conste en testimonio judicial acreditativo de dicho convenio, siempre que haya sido aprobado por la sentencia que acuerda la nulidad, la separación o el divorcio. Igualmente, según doctrina también consolidada de este centro (vid. Resoluciones citadas en los «Vistos»), el convenio regulador, suscrito por los interesados sin intervención en su redacción de un funcionario competente, no deja de ser un documento privado que con el beneplácito de la aprobación judicial obtiene una cualidad específica, que permite su acceso al Registro de la Propiedad, siempre que el mismo no se exceda del contenido que a estos efectos señala el artículo 90 del Código Civil, pues hay que partir de la base de que el procedimiento de separación o divorcio no tiene por objeto, en su aspecto patrimonial, la liquidación del conjunto de relaciones patrimoniales que puedan existir entre los cónyuges sino tan sólo de aquellas derivadas de la vida en común.

Fuera de tales supuestos, las transmisiones adicionales de bienes entre cónyuges, ajenas al procedimiento de liquidación (como son, en vía de principios, las que se refieren a bienes adquiridos por los cónyuges en estado de solteros no especialmente afectos a las cargas del matrimonio), constituyen un negocio independiente, que exige acogerse a la regla general de escritura pública para su formalización.

A la luz de las anteriores consideraciones, el recurso no puede prosperar. La adjudicación de un bien inmueble adquirido antes del matrimonio, de carácter privativo, es un negocio ajeno al contenido típico del convenio regulador, por lo que para su inscripción en el Registro de la Propiedad es necesaria la oportuna escritura pública o, en su defecto, la sentencia firme dictada por juez competente en el procedimiento que corresponda.

Resolución de 4-12-2023
BOE 27-12-2023
Registro de la Propiedad de Granada, número 7.

HERENCIA: DERECHO DE TRANSMISIÓN.

En el derecho de transmisión el transmisario sucede directamente al primer causante.

En el sistema sucesorio de Derecho común, el denominado derecho de transmisión está recogido en el artículo 1006 del Código Civil, según el cual «por muerte del heredero sin aceptar o repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía». Históricamente, doctrina y jurisprudencia han debatido sobre la existencia de una o varias delaciones hereditarias al fallecer con posterioridad al causante el transmitente, debiendo ser en definitiva los transmisarios los que lleven a cabo la emisión de la correspondiente declaración de voluntad en torno a la aceptación o repudiación de la herencia del causante. En el año 2013, ha sido el Tribunal Supremo el que ha zanjado en parte esta discusión, en la Sentencia de 11 de septiembre, al señalar que «(…) el denominado derecho de transmisión previsto en el artículo 1006 del Código Civil no constituye, en ningún caso, una nueva delación hereditaria o fraccionamiento del ius delationis en curso de la herencia del causante que subsistiendo como tal, inalterado en su esencia y caracterización, transita o pasa al heredero trasmisario. No hay, por tanto, una doble transmisión sucesoria o sucesión

propiamente dicha en el ius delationis, sino un mero efecto transmisivo del derecho o del poder de configuración jurídica como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia que ex lege ostentan los herederos transmisarios; dentro de la unidad orgánica y funcional del fenómeno sucesorio del causante de la herencia, de forma que aceptando la herencia del heredero transmitente, y ejercitando el ius delationis integrado en la misma, los herederos transmisarios sucederán directamente al causante de la herencia y en otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente».

En el presente caso, es indudable que en la herencia del primer causante —don J. S. M.— no entra en juego la sustitución vulgar ordenada en favor de su sobrina —doña A. P. S.— por no haber premuerto la hermana del testador, instituida en primer lugar. Pero, como resulta de las consideraciones antes expuestas, tal circunstancia no impide que dicha sobrina, como transmisaria, suceda de manera directa a ese primer causante mediante el ejercicio del «ius delationis» en tanto que heredera, vía sustitución vulgar, de la transmitente —doña E. S. M.—.

Resolución 4-12-2023
BOE 27-12-2023
Registro de la Propiedad de Nules, número 2.

REQUISITOS FISCALES: ACREDITACIÓN DEL CUMPLIMIENTO.

Presentada a liquidación una escritura de partición de herencia, no cabe suspender la calificación por considerar que existen actos jurídicos documentados (una obra nueva) que no han sido objeto de autoliquidación específica.

En el presente recurso se trata de dilucidar si la nota de suspensión de la calificación emitida por la registradora competente aplica correctamente el cierre registral que ordena el artículo 254.1 de la Ley Hipotecaria.

La presentación del documento a liquidación debe realizarse en oficina competente. Conforme al artículo 55.3 de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre por el que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común, en la redacción dada por la Ley Orgánica 9/2022, de 28 de julio, dispone: «Los documentos y autoliquidaciones de los Impuestos de Sucesiones y Donaciones, sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (…) se presentarán y surtirán efectos liberatorios exclusivamente en oficina competente de la Comunidad Autónoma a la que corresponda el rendimiento, de acuerdo con los puntos de conexión aplicables». En conclusión, según la disposición adicional novena, apartado primero, de la Ley 13/1997, de 23 de diciembre, por la que se regula el tramo autonómico del Impuesto sobre la Renta y otros tributos cedidos en la Comunidad Valenciana, en la redacción dada por la Ley 12/2009, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat: «la acreditación de la presentación de documentos y autoliquidaciones, así como del pago de deudas tributarias, que resulten procedentes por los Impuestos sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y sobre Sucesiones y Donaciones, cuando deban llevarse a cabo ante la Generalitat, para permitir la admisión de documentos sujetos a los citados

impuestos por autoridades, funcionarios, oficinas o dependencias administrativas y la producción de efectos de los mismos en Juzgados, Tribunales, oficinas o registros públicos, o a cualquier otro efecto previsto en las disposiciones vigentes, se efectuará mediante justificante expedido por la Administración tributaria de la Generalitat, en el que conste la presentación del documento y el pago del tributo, o la declaración de no sujeción o del beneficio fiscal aplicable».

La registradora suspende la calificación porque no se acredita la liquidación y pago de la ampliación de obra nueva formalizada en la escritura cuya calificación se suspende, considerando que, a la vista de la descripción de la finca inscrita en el Registro y la nueva descripción cuya inscripción ahora se solicita, no se trata simplemente de aclarar la descripción o rectificar errores de medida, sino que se trata claramente de un exceso de cabida y una ampliación de obra nueva. La cuestión objeto del presente recurso es la relativa a determinar si es suficiente, para levantar el cierre registral, la presentación y liquidación por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones de la herencia donde se integran los bienes legados.

El artículo 72.1 del Reglamento del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, aprobado por el Real Decreto 1629/1991 de 8 de noviembre, declara: «La oficina competente conforme a las reglas del artículo 70 liquidará todos los actos y contratos a que el documento se refiera, incluso los sujetos al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados». De la aplicación de este artículo se desprende que la oficina que liquide por el impuesto sucesorio es competente para liquidar cualesquiera otros hechos imponibles que contenga el documento, incluso los sujetos a Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. En el presente caso, entendiendo la registradora que está bien acreditada la liquidación y pago del Impuesto sobre Sucesiones, no puede suspenderse la calificación por falta de acreditación de la liquidación y del pago del Impuesto por la ampliación de obra, respecto de la cual existe una disparidad de criterio con el del contribuyente, en cuanto a la realización del hecho imponible.

Resolución de 5-12-2023
BOE 27-12-2023
Registro de la Propiedad de Valencia, número 17.

MENORES EMANCIPADOS: ACEPTACIÓN DE HERENCIA.

El menor emancipado puede por sí solo aceptar una herencia.

Conforme al tenor literal de los arts. 246 y 247 CC —«como si fuera mayor» y «todos los actos de la vida civil»—, el menor emancipado es tenido como un mayor de edad a todos los efectos con la excepción de los actos que se mencionan a continuación de la declaración general —tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor—, y las señaladas para todos los mayores de edad en los casos especiales del Código. A este artículo 247 del Código Civil le es aplicable, igual que al antiguo artículo 317, la jurisprudencia del Alto Tribunal en Sentencia de 4 de julio de 1957, según la cual las limitaciones del precepto, por su carácter restrictivo, no pueden aplicarse extensivamente.

Se puede concluir, en lo que a la capacidad del menor emancipado se refiere, que, como regla general, éste puede realizar por sí solo todos los actos que no supongan un perjuicio a su patrimonio, como pueda ser el ingreso de bienes en su esfera patrimonial —por título de compraventa o donación no onerosa, entre otros— o el otorgamiento de poderes a tal fin —si bien no podrá dar poder para realizar aquello que exceda de su capacidad conforme a la citada Sentencia de la Sala Primera, de lo Civil, de 28 de septiembre de 1968—; pero, por el contrario, precisará de un complemento de capacidad para los supuestos que puedan comprometer dicho patrimonio o perjudicarlo, como resulta del artículo 247 del Código Civil, esto es, tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor. La cuestión es si una aceptación de herencia compromete o no el patrimonio del menor emancipado, y, en su caso, si ese compromiso entra dentro de las limitaciones impuestas por la ley para su actuación. Por tanto, por estas consideraciones, debe concluirse que la menor emancipada puede aceptar la herencia sin necesidad del complemento de capacidad.

Resolución de 5-12-2023
BOE 27-12-2023
Registro de la Propiedad de Monóvar.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Procede denegar la inscripción de la base gráfica si concurren dudas fundadas sobre la identidad de la finca.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

Como señaló la Resolución de 4 de noviembre de 2021 «la inscripción de las coordenadas de los límites de una finca registral no son un simple dato de hecho, sino un pronunciamiento jurídico formal y solemne, que tras los procedimientos, tramites, garantías, alegaciones y calificación registral que procedan en cada caso, proclama y define con plenos efectos jurídicos y bajo la salvaguardia de los tribunales cuál es la delimitación del objeto jurídico sobre el que recae el derecho de propiedad inscrito». Y entre tales efectos jurídicos, y sin pretender aquí ser exhaustivos en modo alguno, cabe citar los siguientes: a)en primer lugar, conforme al artículo 17 de la Ley Hipotecaria, que recoge el llamado principio de prioridad registral, una vez inscrita dicha georreferenciación «no podrá inscribirse o anotarse ninguna (…) que se le oponga o sea incompatible». Así lo confirma también de modo más específico aún el artículo 199 de la Ley Hipotecaria ordenando que «el Registrador denegará

la inscripción de la identificación gráfica de la finca, si la misma coincidiera en todo o parte con otra base gráfica inscrita». b)en segundo lugar, conforme al artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que recoge el llamado principio de tracto sucesivo «para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales» (y entre ellos, la modificación de la ubicación y delimitación geográfica de su objeto) «(…) deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos». c)en tercer lugar, conforme al llamado principio de legitimación registral, el artículo 9 de la Ley Hipotecaria proclama que «se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica (…) que ha quedado incorporada al folio real».

Aplicando la doctrina general anterior sobre los requisitos para inscribir la georreferenciación de una finca y los efectos jurídicos de su eventual inscripción, al presente caso, la pretensión de georreferenciación de la promotora ha provocado la oposición de la titular de una finca registral colindante, que aporta informe técnico gráfico y alega invasión parcial de su propia finca.

De todo lo expuesto se deduce la existencia de una controversia respecto de la porción expresada que no puede ser resuelta por esta Dirección General, para cuya resolución podrá acudirse al expediente notarial de deslinde del artículo 200 de la Ley Hipotecaria, al expediente de conciliación del artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria o acudir al correspondiente procedimiento judicial.

Resolución de 5-12-2023
BOE 27-12-2023
Registro de la Propiedad de Cullera.

REFERENCIA CATASTRAL: SITUACIONES DE CONDOMINIO.

En una situación de condominio, aunque puedan cumplirse los requisitos del artículo 45 del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, la alteración de la descripción se realiza exclusivamente por uno de los copropietarios y de lo expresado se deduce una posible pretensión de eludir la aplicación de la normativa sustantiva estatal y valenciana sobre formación de nuevas fincas.

El juicio de correspondencia es la operación registral de asignación de una referencia catastral a una finca registral, sin georreferenciación inscrita, basada en el juicio que emite el registrador, tras la operación de comparación de las descripciones literarias de finca registral y parcela catastral, sin componente geográfico alguno, según la Resolución de esta Dirección General de 8 de marzo de 2023. Dicha operación finaliza con el juicio del registrador, que solo puede tener dos resultados, según la referencia catastral sea correspondiente o no correspondiente con la identidad de la finca. La constancia de la referencia catastral en los asientos del Registro de la Propiedad tiene por objeto, entre otros, posibilitar el trasvase de información entre el Registro de la Propiedad y el Catastro Inmobiliario (cfr. artículo 48.1). Y su no aportación supone el incumplimiento de una obligación fiscal, que se hará constar por nota al margen del asiento y en la nota del despacho del

título (cfr. artículo 44). Dicho juicio registral debe constar en el cuerpo de la inscripción y no comporta rectificación de la descripción de la finca registral, según la Resolución de esta Dirección General de 10 de noviembre de 2022.

Distinto es el juicio relativo al estado de coordinación gráfica de la finca con georreferenciación inscrita con la parcela catastral, que también debe constar en la inscripción, que es aquella operación mediante la cual el registrador expresa la correspondencia geográfica de la georreferenciación inscrita con la descripción registral y la realidad física extrarregistral representada sobre la cartografía catastral, básica para identificar geográficamente las fincas registrales (cfr. artículo 10.1 de la Ley Hipotecaria). Por tanto, el estado de coordinación requiere que la finca tenga una georreferenciación inscrita.

Como declararon sendas Resoluciones de esta Dirección General de 6 de septiembre de 2023, la falta de estas declaraciones en el título no es defecto que impida la inscripción. El artículo 18 del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario ordena al notario autorizante a formular estas preguntas y si la respuesta es el silencio o la manifestación de imposibilidad de la declaración, es una declaración a efectos catastrales, que no altera para nada el desarrollo del procedimiento registral.

Se entiende que hay solicitud tácita, cuando se presenta una georreferenciación catastral y se adapta la descripción de la finca a la que resulta de la georreferenciación catastral, o se declara que la misma coincide con la realidad física del inmueble; en este caso se entenderá solicitado el inicio de un expediente del artículo 199.1 de la Ley Hipotecaria; cuando se presenta una georreferenciación alternativa, en este caso se entenderá solicitado el inicio de un expediente del artículo 199.2; y en los casos en los que solicitándose la inscripción de un acto que suponga reordenación de los terrenos y apertura de folio registral a una nueva finca, existe una discordancia previa entre el contenido del Registro y la realidad física extrarregistral, que ha de subsanarse, por ser la georreferenciación circunstancia necesaria del asiento.

Cuando el registrador inscriba la georreferenciación de origen catastral, declarará la finca coordinada gráficamente con el Catastro, a la fecha del asiento. Dicho estado deberá actualizarse, cada vez que se practique nuevo asiento en el Registro con respecto a la georreferenciación catastral vigente. Por tanto, los estados de coordinación pueden ser: — Finca coordinada gráficamente con el Catastro a la fecha del asiento, cuando se inscriba la georreferenciación de origen catastral, por permitir establecer la concordancia de su realidad con la jurídica registral con valor auxiliar de calificación registral. — Finca precoordinada pendiente de procesamiento, cuando se inscribe una georreferenciación alternativa con informe catastral de validación técnica de resultado positivo. — Finca no coordinada gráficamente con el Catastro, cuando exista una discordancia entre la realidad física extrarregistral y la registral, cuya subsanación no se ha solicitado, dejando constancia de la misma en el cuerpo de la inscripción, como fundamentación del juicio del registrador. — Finca no coordinada gráficamente con el Catastro, por imposibilidad de incorporación directa de la georreferenciación alternativa inscrita, cuyo informe de validación técnica es de resultado negativo.

La inscripción de la georreferenciación determina que la misma pierde su origen catastral o alternativo, estando sujeta por el hecho de su incorporación al asiento a las disposiciones de la legislación hipotecaria y de los principios hipo-

tecarios. Especialmente, produce la aplicación del principio de legitimación registral a esta circunstancia del asiento, que deriva de lo dispuesto en el artículo 10.5 de la Ley Hipotecaria, en relación con el artículo 38.1 de la misma ley. Dicha extensión se producirá de dos formas distintas.

Delimitadas estas operaciones, como juicios distintos, pero integrados en una misma fase de calificación registral gráfica, entrando en el análisis del fondo del supuesto de hecho, no se debate en este recurso la circunstancia relativa al estado de coordinación, sino que se discute, aparentemente, el juicio de correspondencia de la registradora, pues aportada una georreferenciación de origen catastral, el registrador duda de la identidad de la finca con respecto a la realidad catastral, presupuesto básico para poder afrontar el juicio de coordinación. Y, decimos aparentemente, porque analizadas las circunstancias de hecho de la documentación presentada es una cuestión que va más allá del juicio de correspondencia de una referencia catastral, a la que la registradora alude incidentalmente en la nota de calificación, pero que es esencial para la resolución del presente recurso.

El hecho de que la parcela catastral 297 del polígono 31 esté catastrada a nombre de persona distinta del actual titular registral, como declara la registradora en su nota de calificación, no puede impedir que se entienda cumplido este requisito del artículo 45, puesto que la titularidad catastral corresponde a los vendedores que transmiten la finca al recurrente en la escritura de compraventa que aportan, sin que se haya alterado por parte del Catastro la titularidad. Respecto a la naturaleza de la finca, el hecho de que en el Catastro las construcciones consten como suelo urbano residencial no implica alteración de la naturaleza del suelo de la finca, puesto que la clasificación y calificación es competencia municipal y aunque el Catastro le asigne referencia catastral de urbana a la construcción, sigue identificando el terreno como polígono y parcela, denominación propia de la finca de naturaleza rústica. Esta Dirección General ha declarado que es posible que una misma finca registral esté integrada por varias parcelas catastrales, pues el propio artículo 9 de la Ley Hipotecaria prevé esta situación al hablar de «inmueble o inmuebles», siendo competencia exclusiva del registrador la apreciación de esta correspondencia entre una finca registral y varias parcelas catastrales.

La finca registral 23.762 de Cullera pertenece en proindiviso a tres titulares registrales, uno de los cuales, ahora, pretende incluir en la descripción una porción de terreno, identificada como parcela 297, como elemento físico que se corresponde con su tercera parte indivisa. Hay que empezar por expresar que esta manifestación la realiza únicamente el propietario de una de las cuotas indivisas, por sí solo. Esta circunstancia es contraria a la propia naturaleza de la comunidad romana, donde el dominio se representa sobre una cuota ideal y no física. Por tanto, la inclusión de esa parcela 297 en la finca registral 23.762 de Cullera requeriría al menos del concurso de los otros comuneros.

Ello nos lleva a concluir que, sobre la finca registral, parece que se ha procedido a una división de hecho, constituyendo tres parcelas catastrales, que representan físicamente la cuota ideal de cada comunero. Ello es posible hacerlo en el Catastro, pues el hecho de aparecer en la realidad física una casa revela una capacidad económica que debe ser objeto de tributación. Sin embargo, esa situación física no puede acceder al Registro de la Propiedad, donde si hay control de legalidad, sin acreditar el cumplimiento de los requisitos impuestos por la legislación

sustantiva y la registral. Por todo ello, y aunque ciertamente pueden cumplirse los requisitos del artículo 45 del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, en contra de lo que afirma la registradora en su nota de calificación, la alteración de la descripción se realiza exclusivamente por uno de los copropietarios y de lo expresado se deduce una posible pretensión de eludir la aplicación de la normativa sustantiva estatal y valenciana sobre formación de nuevas fincas.

Resolución de 5-12-2023
BOE 27-12-2023
Registro de la Propiedad de Barcelona, número 16.

HIPOTECA UNILATERAL: CANCELACIÓN.

Se reitera la interpretación estricta del art. 141 de la LH a los efectos de cancelación de la hipoteca unilateral sin el consentimiento del acreedor.

La operatividad de la cancelación de las hipotecas unilaterales no aceptadas se deduce con claridad del régimen establecido en los artículos 141, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria, y 237 de su Reglamento. Es doctrina de este Centro Directivo (vid. las Resoluciones citadas en los «Vistos») que, conforme a los artículos 141 de la Ley Hipotecaria y 237 del Reglamento Hipotecario, para que empiece a correr el plazo de dos meses a que estos preceptos se refieren, se necesita una especial intimación o requerimiento al acreedor favorecido en el que se determinará expresamente que transcurridos los dos meses sin hacer constar en el Registro la aceptación, la hipoteca podrá cancelarse a petición del dueño de la finca, sin necesidad del consentimiento de la persona en cuyo favor se constituyó. La Resolución de 24 de octubre de 2017 reconoce expresamente que los artículos 141 de la Ley Hipotecaria y 237 de su Reglamento, tal como son interpretados por la doctrina y jurisprudencia, exigen la forma notarial o judicial respecto al requerimiento de aceptación al acreedor en el caso de las hipotecas unilaterales.

Resolución de 29-11-2023
BOE 28-12-2023
Registro de la Propiedad de Archidona.

PARCELACIÓN URBANÍSTICA: PUEDE DARSE EN UN CASO DE INMATRICULACIÓN.

Se estima que concurren indicios suficientes para presumir la existencia de una parcelación urbanística, aunque se trata de un caso de inmatriculación.

Cabe recordar que es doctrina reiterada de este Centro Directivo —cfr. Resolución de 2 de julio de 2013—, que la inmatriculación de una finca exige su perfecta identificación, debiendo el registrador extremar la calificación, para limitar, en lo posible, el riesgo de que accedan al Registro como fincas distintas e independientes, las que no lo son en realidad. De igual modo, esta Dirección General ha venido admitiendo la inmatriculación de fincas formadas por segregación de fincas no inscritas, sin necesidad de previa inscripción de la finca mayor que sufre la segregación (finca matriz).

Por su parte, la Resolución de 9 de mayo de 2018 se refiere a un supuesto en el cual la registradora, con motivo de una inmatriculación, obtiene resolución administrativa declarativa de nulidad de la misma, en el marco del procedimiento iniciado en virtud del artículo 80 del Real Decreto 1093/1997 sobre unidades mínimas de cultivo. El control por parte de la Administración agraria autonómica debe entenderse sin perjuicio del control de legalidad urbanística por parte de la Administración municipal y autonómica, tanto en el cumplimiento de los requisitos de parcela mínima determinada en planeamiento, como en el impedimento de parcelaciones urbanísticas en suelo rústico.

En el caso de la legislación urbanística andaluza, la reciente Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía, entró en vigor el día 23 de diciembre de 2021, es decir, con anterioridad a la fecha de la escritura púbica de herencia (29 de diciembre de 2022). No obstante, puede decirse que la nueva ley, con alguna excepción, no altera sustancialmente el régimen de las parcelaciones urbanísticas en Andalucía, considerando como tal según su artículo 91. No obstante, el apartado quinto señala ahora que la asignación de cuotas en pro indiviso resultantes de transmisiones «mortis causa» o entre cónyuges o pareja de hecho no requerirán licencia, salvo que se demuestre que existe fraude de Ley.

En el presente caso, el registrador califica basándose en la consulta a la cartografía catastral histórica, de la que resulta que hasta el año 2008, la parcela cuya inmatriculación se pretende formaba parte integrante de la parcela 180 del polígono 5; es decir, no tenía existencia autónoma como parcela catastral, sino que era parte de otra mayor, la 180, que no ha podido ser identificada con finca registral alguna. Por lo que a tenor de los datos que constan en los títulos públicos presentados y los antecedentes catastrales, que el registrador puede consultar en ejercicio de sus competencias, concurren elementos objetivos que permiten sostener que la finca que se pretende inmatricular procede de otra mayor justificando la existencia de indicio de parcelación de finca rústica sin acreditar ningún tipo de control municipal. Resulta aplicable, por tanto, lo dispuesto en el artículo 91.4 de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, en cuanto a la exigencia de acreditar un acto que integre el control previo municipal que permita descartar la existencia de una parcelación contraria a la ordenación aplicable.

Resolución de 29-11-2023
BOE 28-12-2023
Registro de la Propiedad de Las Rozas, número 1.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: NOTA MARGINAL DE EXPEDICIÓN DE CERTIFICACIÓN.

No es posible expedir una nueva certificación de cargas y practicar la consecuente nota marginal si ya existe otra nota de expedición de certificación practicada a resultas de otro procedimiento de ejecución.

La principal particularidad de la nota marginal en el procedimiento de ejecución directa de bienes hipotecados con respecto del procedimiento general de apremio de la Ley de Enjuiciamiento Civil se centra en sus efectos. Además del efecto general de servir de notificación acerca de la existencia del procedimiento de eje-

cución hipotecaria respecto a los que en el futuro inscriban o anoten sus derechos en el Registro, la nota marginal presenta importantes especialidades. En primer lugar, la práctica de la nota marginal es un requisito esencial del procedimiento, lo que la diferencia radicalmente de la nota marginal de expedición de certificación de cargas en un procedimiento ejecutivo ordinario, dado que constituye la única forma registral de saber que la hipoteca se está ejecutando, es decir, que ha pasado de la fase de seguridad a la de ejecución. Por tanto, en la ejecución hipotecaria no es de aplicación lo establecido en el artículo 660.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por otro lado, la existencia de una nota marginal de expedición de la certificación de cargas va a suponer el cierre del Registro para una serie de actos relacionados con dicha hipoteca que resulten contradictorios con la situación de pendencia del procedimiento de ejecución. En concreto, conforme a los artículos 688.2 de la ley rituaria y 131 de la Ley Hipotecaria, no cabe la cancelación de la hipoteca ejecutada por causas distintas de la propia ejecución. También la nota marginal de expedición de certificación de cargas impide la inscripción de una escritura de novación de la hipoteca objeto de ejecución (Resolución de 15 de julio de 2013).

Esta necesidad de que exista la adecuada coordinación entre el procedimiento de ejecución y el contenido del Registro es razón suficiente para desestimar el recurso y confirmar la calificación del registrador. En efecto, expedir una certificación de dominio y cargas y practicar la correspondiente nota marginal en virtud de un mandamiento judicial librado en un determinado procedimiento de ejecución hipotecaria, constando en el historial registral otra nota marginal anterior acreditativa de la expedición de una certificación para otro procedimiento de ejecución de la misma hipoteca supondría generar, a través de la publicidad registral, una inevitable confusión acerca de la ejecución de la referida hipoteca.

Por otro lado, al final de los fundamentos de Derecho de la nota de calificación impugnada se recoge la siguiente expresión: «No se ha solicitado anotación preventiva». Frente a ello, señala la recurrente que para proceder a la expedición de la certificación solicitada no es precisa la solicitud de anotación preventiva de embargo correspondiente, no suponiendo ello un fundamento de derecho válido para denegar su expedición. Parece que en este caso se ha producido un malentendido, quizá ocasionado por el laconismo de la nota de calificación en este punto. En realidad, lo señalado en la nota de calificación no está referido a la eventual necesidad de que se haya practicado una anotación de embargo, sino que hace alusión a que, tratándose de un defecto subsanable, el interesado no ha solicitado que se practique una anotación preventiva por defecto subsanable, tal y como establecen los artículos 19, 42.9 y 66 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 29-11-2023
BOE 28-12-2023
Registro de la Propiedad de Mojácar.

RECURSO GUBERNATIVO: REQUISITOS. CONCURSO DE ACREEDORES: EFECTOS DE LA APROBACIÓN DEL CONVENIO.

La resolución del recurso ha de ceñirse a los defectos consignados en la nota, sin que pueda entrarse a valorar los que se añadan o reformulen en el informe.

Aprobado el convenio, cesan los efectos de la declaración de concurso y no hay obstáculo para expedir la certificación de cargas para un procedimiento de ejecución hipotecaria.

Como ha señalado la doctrina de este Centro Directivo y resulta de los artículos 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria, el objeto del recurso se ciñe exclusivamente a la revisión de los defectos que el registrador ha expresado en su nota de calificación. No entran dentro de su ámbito otras pretensiones como pueden ser la de subsanar defectos mediante la aportación de documentos complementarios, ni la de valorar la posible nulidad de inscripciones ya practicadas. Debe también recordarse la doctrina de esta Dirección General según la cual cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, conforme a los principios básicos de todo procedimiento y a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquélla exprese también una motivación suficiente de los mismos. Igualmente, se ha expuesto que en dicho informe no cabe aducir nuevos fundamentos o razones en defensa de la nota de calificación pues, por el mismo trámite del recurso frente a la calificación, el interesado desconocerá las razones añadidas por el registrador.

A la vista de lo expuesto, resulta claro que no es posible confirmar un defecto que no ha sido expresado y adecuadamente motivado en la nota de calificación, sino que se ha recogido en el informe que el registrador ha elevado a esta Dirección General para la tramitación del recurso. Basta con leer el escrito de recurso para apreciar cómo el recurrente centra su argumentación en combatir el defecto expresado en la nota de calificación, advirtiendo que no es procedente entender vigente la suspensión del ejercicio de las acciones de ejecución hipotecaria que prevé el artículo 145 del texto refundido de la Ley Concursal durante la fase común del concurso cuando ya existe sentencia firme, que además consta inscrita, por la que se ha aprobado el convenio entre los acreedores y el concursado.

Por lo demás, y en cuanto hace referencia a la inicial nota de calificación, conforme al artículo 148 del texto refundido de la Ley Concursal, no es posible sostener la calificación impugnada, en los términos en que ha sido redactada, en cuanto exige que se aporte una resolución dictada por el juez encargado del concurso en la que se declare que los bienes objeto de ejecución no están afectos o no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

Resolución de 29-11-2023
BOE 28-12-2023
Registro de la Propiedad de Miranda de Ebro.

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: REQUISITOS.

Habiéndose optado por declarar una obra nueva por antigüedad, es necesario acreditar la terminación de la obra en una fecha anterior al plazo de prescripción previsto en la normativa urbanística.

Cuando no se trata de una declaración de obra nueva «por vía ordinaria», y únicamente se incorpora certificación catastral descriptiva y gráfica para acreditar la antigüedad de la obra, y se alude a que no consta en el Registro de la Propie-

dad la existencia de ningún expediente de disciplina urbanística, los requisitos exigibles para practicar la inscripción son los que resultan del artículo 28.4 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

En el supuesto de hecho de este expediente, se ha optado por ir por la vía del artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, por lo que es indiferente la aportación de la liquidación definitiva —que no la licencia propiamente dicha— dentro de expediente de obtención de licencia de primera ocupación. Lo cierto es que se aporta para acreditar la antigüedad de la edificación una certificación catastral, que señala como año de construcción de la edificación el 2015, sin que por tanto hayan pasado los plazos exigidos en la legislación autonómica para la prescripción de las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística.

Resolución de 29-11-2023
BOE 28-12-2023
Registro de la Propiedad de Ronda.

HIPOTECA: EXTENSIÓN OBJETIVA EN CASOS DE MODIFICACIÓN DE ENTIDADES HIPOTECARIAS.

No es preciso el consentimiento del acreedor hipotecario para inscribir una operación de reorganización de la división horizontal.

Este Centro Directivo ha tenido ocasión ya de pronunciarse en varias ocasiones y de formular, por tanto, una doctrina, sobre la inscripción de actos que puedan alterar el elemento objetivo de la garantía hipotecaria y a su vez en qué casos es o no necesaria la intervención del acreedor hipotecario. De esa doctrina cabe destacar resumidamente lo siguiente: Primero, que el principio de indivisibilidad de la hipoteca implica, en caso de división o segregación realizada en la finca original hipotecada, la subsistencia de la hipoteca en su integridad sobre cada una de las fincas resultantes aun cuando se reduzca la obligación garantizada (artículos 1860 del Código Civil y 122 de la Ley Hipotecaria), es decir, sin necesidad de distribuir la responsabilidad hipotecaria entre las fincas divididas o segregadas, generándose lo que la doctrina a denominado hipoteca solidaria. Segundo, que agrupada una finca hipotecada a otra finca, supuesto al que se debe asimilar la agregación, se encuentre esta última finca hipotecada o libre de cargas, la hipoteca o respectivas hipotecas continúan gravando sin alteración la finca o fincas originariamente hipotecadas, sin que las mismas se extienda naturalmente a las demás fincas agrupadas o agregadas (artículo 110 de la Ley Hipotecaria); pero sin perjuicio de la posibilidad de pactar al constituir la hipoteca la extensión objetiva de la misma a las agregaciones o agrupaciones voluntarias. Como consecuencia de ello, a falta de dicho pacto de extensión, en caso de ejecución de la finca hipotecada que se agrupó, el efecto de su enajenación forzosa será la desagrupación de la misma. Tercero, que es principio básico de nuestro sistema registral, que la división de finca hipotecada o su agrupación no precisa el consentimiento del acreedor hipotecario, si bien de no mediar dicho consentimiento, cada una de las nuevas fincas resultantes responden de la totalidad del crédito garantizado,

pudiendo el acreedor pedir la ejecución de cualquiera de ellas o de todas simultáneamente (cfr. artículos 122 y 125 de la Ley Hipotecaria). Y, cuarto, que cuando una parte de ese derecho complejo en que consiste el dominio del piso o local en régimen de propiedad horizontal, se separa e independiza jurídicamente, seguirán pesando sobre ella los gravámenes recayentes sobre el derecho en el que se integraba anteriormente —cfr. Resolución de 27 de diciembre de 2010—, aunque las limitaciones a las facultades dominicales derivadas de ese singular régimen de propiedad se ajustarán a su normativa específica.

La protección del acreedor hipotecario frente a los actos de riguroso dominio se articulará a través de las normas que regulan la extensión objetiva de la hipoteca y su indivisibilidad —cfr. artículos 109 a 112 y 122 a 125 de la Ley Hipotecaria y Resolución de 8 de marzo de 2013— y las propias normas hipotecarias sobre tratamiento registral de divisiones, segregaciones, agrupaciones y agregaciones —artículos 47 a 50 del Reglamento Hipotecario—, las cuales se encuentran basadas en la subsistencia inalterada de las cargas existentes, a falta de consentimiento de su titular, por aplicación de los principios registrales de prioridad, legitimación y tracto sucesivo —17, 20, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria, en relación al artículo 405 del Código Civil—, todo ello, sin perjuicio de admitir la conveniencia de tal intervención para evitar los problemas que pudieran derivarse con posterioridad, singularmente en caso de ejecución y que habrían de resolverse, en tal caso, en el seno del respectivo procedimiento.

Esta doctrina de la subsistencia inalterada de las hipotecas existentes, respectos de las nuevas fincas nacidas como consecuencia de las modificación hipotecarias de las fincas gravadas, tiene como premisa que después de esas operaciones jurídicas pueda establecerse una correspondencia física entre las antiguas fincas originarias hipotecadas y las nuevas fincas o partes de fincas en que cada una de aquellas se ha dividido y/o se han agrupado, o, en este supuesto, respecto de las fincas resultantes de la reorganización de la propiedad horizontal. Si tal correspondencia no pudiera establecerse, indudablemente sí sería necesario el consentimiento del acreedor hipotecario. En este caso sí existe esa correspondencia entre las fincas primitivas y las resultantes de la reorganización de la propiedad horizontal.

En conclusión, el recurso debe ser estimado, no siendo preciso el consentimiento del acreedor hipotecario para inscribir la presente reconfiguración de la propiedad horizontal, pues el gravamen hipotecario seguirá gravando inalterado cada una de las nuevas fincas en los términos antes expuestos, debiendo el registrador de la Propiedad valorar todas las circunstancias indicadas al practicar el arrastre de las cargas vigentes.

Resolución de 29-11-2023
BOE 28-12-2023
Registro de la Propiedad de Sepúlveda-Riaza.

REFERENCIA CATASTRAL: INCORPORACIÓN.

No cabe hacer constar la referencia catastral de una finca sin que previamente se rectifique su descripción si las diferencias con la descripción registral así lo ponen de manifiesto.

Conforme a lo dispuesto en los artículos 324 y 326 de la Ley Hipotecaria no pueden ser tenidos en consideración cualquier documento que no hubiera sido presentado al Registrador a la hora de emitir la calificación recurrida. (vid. Resolución de 22 de noviembre de 2021). Por tanto, no procede emitir manifestación alguna respecto a las copias de las actas aportadas, planimetría, ni del acuerdo de alteración catastral.

Indudablemente, la Ley 13/2015 ha completado la fase de calificación del procedimiento registral con una parte referida a la descripción de la finca, que incluye su georreferenciación, lo que la doctrina registral denomina calificación registral gráfica integrada por tres operaciones diferentes, que deben terminar con tres decisiones del registrador: la inscripción de la referencia catastral, la incorporación de la georreferenciación y la constancia del estado de coordinación de la finca con la parcela catastral. Como operación del procedimiento registral, esta fase no puede ser excluida por la voluntad de los particulares.

Si el registrador no incorpora la georreferenciación por tener dudas en la identidad de la finca, cuando su incorporación es potestativa para el registrador, deberá expresar motivadamente en la nota de despacho del título qué circunstancias lo impiden y que son causa para denegar la incorporación de la georreferenciación de la finca, que declarará como no coordinada gráficamente con el Catastro al practicar el asiento, al que notificará estas causas. En caso de calificación positiva, existiendo declaración de coincidencia de la georreferenciación catastral con la realidad física del inmueble y describiendo la finca según resulte de ella, el registrador inscribirá la georreferenciación, aunque su petición no sea expresa o exista declaración de voluntad de excluir la inscripción de la georreferenciación o de iniciar el procedimiento de coordinación gráfica con Catastro, pues no son aspectos que estén en el ámbito del principio de rogación.

En el presente expediente el recurrente pretende la incorporación de la referencia catastral a una finca rústica, sita en dos términos municipales, sin rectificar la descripción registral de las mismas, si bien resulta la variación de las mismas, como consecuencia de una modificación del linde de ambos términos y una alteración catastral, extremos éstos no reseñados ni acreditados en el propio título. Por tanto, debe concluirse que es correcta la calificación del registrador recurrido al suspender tal incorporación si no se actualiza, a su vez, la descripción tabular por cualquiera de los procedimientos legalmente previstos.

Resolución de 29-11-2023
BOE 28-12-2023
Registro de la Propiedad de Cazorla.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Si el registrador alberga dudas fundadas sobre la identidad de la finca ha de denegar la inscripción de la base gráfica.

Si la representación gráfica georreferenciada no es inscribible por albergar el registrador dudas fundadas acerca de que con la misma se invada otra finca ya inscrita o el dominio público, lo procedente es denegar, no suspender, la inscripción.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En el expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria no existe trámite de prueba, dada su sencillez procedimental, pues su finalidad no es resolver una controversia. La documentación aportada por quien se opone a la inscripción sólo tiene por objeto justificar su alegación para que el registrador califique si, a su juicio, hay o no controversia; la cual, caso de haberla, solo puede resolverse judicialmente, practicándose, entonces sí, las pruebas que el juez estime convenientes, como declaró la Resolución de este Centro Directivo de 12 de julio de 2023.

En el presente caso, a la vista de las alegaciones presentadas, el registrador ha determinado correctamente la existencia de un conflicto latente sobre la delimitación jurídica de la finca, que no puede resolverse por la vía del expediente del artículo 199, que tiene la naturaleza de expediente de jurisdicción voluntaria, sino que requiere el correspondiente juicio contradictorio entre ellos, mediante le ejercicio de la acción reivindicatoria pertinente, por discutirse la titularidad dominical de una franja de terreno.

Resolución de 30-11-2023
BOE 28-12-2023
Registro de la Propiedad de El Puente del Arzobispo.

VÍAS PECUARIAS: NOTA MARGINAL DE POSIBLE DESLINDE FUTURO.

No cabe practicar ningún asiento si la intervención del titular registral y sin que dicho asiento tenga un contenido concreto.

Con carácter previo debe recordarse que, conforme al 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.

En cuanto a la cuestión de fondo, la publicidad del procedimiento de deslinde se contempla en el artículo 8, apartado 5, de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuaria,s que dispone que «cuando los interesados en un expediente de deslinde aporten títulos inscritos en el Registro de la Propiedad sobre terrenos que pudieran resultar incluidos en el dominio público, el órgano que tramite dicho expediente lo pondrá en conocimiento del Registrador a fin de que por éste se practique la anotación marginal preventiva de esa circunstancia». Con independencia de la imprecisión del texto legal sobre el asiento legal («anotación marginal preventiva»), lo que resulta indudable es que la publicidad registral mediante un

asiento en la finca sólo se contempla una vez iniciado el procedimiento de deslinde y con intervención de los interesados.

Por otra parte, la nota marginal previa al inicio del expediente de deslinde no está prevista en la normativa reguladora de las vías pecuarias, ni tampoco se prevé en la normativa general de las Administraciones Públicas. Así, en el procedimiento de deslinde previsto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre (cfr. artículo 52), se contempla la publicidad registral una vez iniciado dicho procedimiento. Ahora bien, el artículo 9, letra a), de la Ley Hipotecaria dispone que «cuando conste acreditada, se expresará por nota al margen la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente, con expresión de la fecha a la que se refiera». En esta previsión legal podría tener encaje la nota marginal cuya solicitud motiva este recurso. Sin embargo, en el concreto supuesto analizado en este expediente, el contenido de la solicitud de la Administración y de la nota pretendida adolece una falta de determinación total acerca de ninguna circunstancia afectante a la finca, ya que se limita a expresar la colindancia con una vía pecuaria, lo cual ya resulta de la propia descripción de la finca (cfr. artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento); advierte la posibilidad de un eventual deslinde, sin concretar siquiera si efectivamente la finca pudiera verse afectada por ello y en qué medida; además de recordar los efectos legales del deslinde, cuestión que resulta de la propia Ley. Por tanto, tampoco puede practicarse la nota marginal solicitada al amparo de este precepto, pues no resulta una concreta calificación urbanística, medioambiental o administrativa de la finca más allá de su colindancia con una vía pecuaria y no resulta de la solicitud la intervención del titular de la finca.

Por último, es preciso señalar un error en la fundamentación del recurrente, en relación con la posibilidad de que puedan aparecer terceros protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación con la superficie y linderos que se derivan de la inscripción de la base gráfica y su coordinación con Catastro. Los efectos de la inscripción de la base gráfica, ya sea catastral, o alternativa una vez coordinada con Catastro, se recogen en el artículo 10.5 de la Ley Hipotecaria que establece que: «Alcanzada la coordinación gráfica con el Catastro e inscrita la representación gráfica de la finca en el Registro, se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica catastral que ha quedado incorporada al folio real». Por tanto, se presume que la finca tiene la ubicación y delimitación geográfica que resulta de la base gráfica, pero se trata de una presunción «iuris tantum» que admitirá, en todo caso, prueba en contrario en el correspondiente procedimiento de deslinde administrativo realizado por los trámites correspondientes.

Resolución de 30-11-2023
BOE 28-12-2023
Registro de la Propiedad de Villarreal, número 3.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: PURGA DE ARRENDAMIENTOS POSTERIORES.

La ejecución de la hipoteca implica la purga y cancelación de los arrendamientos, tratándose de arrendamientos de uso distinto al de vivienda.

Cuando se trata de contratos de arrendamiento para un uso distinto del de vivienda (como es el caso del presente expediente), tanto antes como después de la reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos, al no estar sometidos a un plazo mínimo imperativo, el arrendamiento se extinguirá en cualquier momento en que el derecho del arrendador quede resuelto como consecuencia de la ejecución, a menos que dicho arrendamiento constase inscrito en el Registro con anterioridad a la hipoteca que se ejecuta (vid. artículo 29 de la Ley de Arrendamientos Urbanos). Por tanto, salvo que se hubiese inscrito el arrendamiento en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la hipoteca o a la anotación del embargo, la ejecución forzosa derivada de la hipoteca o de la traba determinará la extinción del derecho del arrendador y, en consecuencia, del propio contrato de arrendamiento para uso distinto de vivienda, y con él sus derechos accesorios como el derecho de retracto.

Por mandamiento de cancelación, complementado por diligencia de adición, se ordenó expresamente por resolución judicial la cancelación de los derechos de arrendamiento, asientos de cancelación que están bajo la salvaguarda de los tribunales (artículo 1 de la Ley Hipotecaria), por lo que no se pueden rectificar sin consentimiento del titular registral actual, que es el adjudicatario en el procedimiento de ejecución hipotecaria, o en virtud de resolución judicial firme dictada en procedimiento en que el titular registral sea parte (cfr. artículos 40 y 82 de la Ley Hipotecaria).

En este caso en el procedimiento de ejecución directa se ha dilucidado la cuestión relativa al arrendamiento, sin reconocerse el derecho a ocupar el inmueble en virtud del arrendamiento, sino que por el contrario se ordena expresamente su cancelación, por lo que no puede estimarse el recurso.

Resolución de 30-11-2023
BOE 28-12-2023
Registro de la Propiedad de Ferrol.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Si el registrador alberga dudas fundadas sobre la identidad de la finca ha de denegar la inscripción de la base gráfica.

Si la representación gráfica georreferenciada no es inscribible por albergar el registrador dudas fundadas acerca de que con la misma se invada otra finca ya inscrita o el dominio público, lo procedente es denegar, no suspender, la inscripción.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten

expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En el presente caso el registrador, comprueba la intersección parcial entre ambas fincas, derivadas de la superposición de sus georreferenciaciones, funda sus dudas de identidad de la finca en esa intersección parcial ratificada por las alegaciones del colindante notificado, lo que lleva a la convicción de la existencia de un indicio de posible controversia latente respecto de la fracción de terreno entre dos colindantes registrales. No puede, por tanto, calificarse de temeraria la calificación registral negativa. Con ello «queda patente que existe controversia entre distintos titulares registrales colindantes acerca de la respectiva georreferenciación de sus fincas, sin que el recurso gubernativo pueda tener como objeto la resolución de tal controversia, sino sólo la constatación de su existencia»; y sin perjuicio de la incoación de un proceso jurisdiccional posterior que aclare la controversia, conforme al último párrafo del artículo 198 de la Ley Hipotecaria, o de que ambos lleguen a un acuerdo en el seno de una conciliación registral del artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria.

Como señaló la Resolución de 4 de noviembre de 2021 «la inscripción de las coordenadas de los límites de una finca registral no son un simple dato de hecho, sino un pronunciamiento jurídico formal y solemne, que tras los procedimientos, tramites, garantías, alegaciones y calificación registral que procedan en cada caso, proclama y define con plenos efectos jurídicos y bajo la salvaguardia de los tribunales cuál es la delimitación del objeto jurídico sobre el que recae el derecho de propiedad inscrito». Y entre tales efectos jurídicos, y sin pretender aquí ser exhaustivos en modo alguno, cabe citar los siguientes: a)en primer lugar, conforme al artículo 17 de la Ley Hipotecaria, que recoge el llamado principio de prioridad registral, una vez inscrita dicha georreferenciación «no podrá inscribirse o anotarse ninguna (…) que se le oponga o sea incompatible». Así lo confirma también de modo más específico aún el artículo 199 de la Ley Hipotecaria ordenando que «el Registrador denegará la inscripción de la identificación gráfica de la finca, si la misma coincidiera en todo o parte con otra base gráfica inscrita». b)en segundo lugar, conforme al artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que recoge el llamado principio de tracto sucesivo «para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales» (y entre ellos, la modificación de la ubicación y delimitación geográfica de su objeto) «(…) deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos». c)en tercer lugar, conforme al llamado principio de legitimación registral, el artículo 9 de la Ley Hipotecaria proclama que «se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica (…) que ha quedado incorporada al folio real».

Registro Mercantil y Bienes Muebles

Por Servicio de Coordinación RRMM

Resolución de 25-9-2023.
BOE 1-11-2023
Registro Mercantil de Barcelona, número XII

CIERRE REGISTRAL POR FALTA DE DEPÓSITO DE CUENTAS: EXCEPCIONES PARA PODER INSCRIBIR. SE REITERA DOCTRINA DE QUE EL NOMBRAMIENTO DE AUDITOR POR LA SOCIEDAD PUEDE ENERVAR LA PETICIÓN DE NOMBRAMIENTO POR EL MINORITARIO CUMPLIENDO CIERTOS REQUISITOS.

SE CONFIRMA

No cabe la inscripción de un auditor de cuentas, nombrado en Junta General, cuando el Registro Mercantil se encuentra cerrado por falta de depósito de cuentas. Cuando el Registro Mercantil está cerrado por falta de depósito de cuentas sólo cabe la inscripción de los títulos indicados en el art. 282.2 LSC, no estando comprendido este título en los tasados en dicho artículo por lo que no cabe su inscripción. Se reitera la doctrina de que el nombramiento de auditor por la sociedad puede enervar la petición del minoritario si se cumplen determinados requisitos.

Resolución de 26-9-2023.
BOE 1-11-2023
Registro Mercantil de Pontevedra, número III.

EN LA ESCRITURA DE ELEVACIÓN A PÚBLICO DE ACUERDOS DE DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DEBE CONSTAR: EL BALANCE Y RELACIÓN DE SOCIOS (IDENTIFICANDOLOS E INDICANDO LA CUOTA DE LIQUIDACIÓN QUE LES CORRESPONDE), LA FECHA Y EL MODO DE APROBACIÓN DE LOS ACUERDOS Y LA MANIFESTACION EXPRESA DEL LIQUIDADOR, BAJO SU RESPONSABILIDAD, DE LA INEXISTENCIA DE ACTIVO Y DE ACREEDORES.

SE CONFIRMA

La DG confirma que en una escritura de elevación a público de acuerdos de disolución y liquidación de sociedad de responsabilidad limitada se debe identificar a los socios a tenor de lo regulado en el art. 395.2 LSC y art. 247.3 RRM que requieren que se identifiquen la relación de socios de dicha sociedad, así como el valor de la cuota de liquidación que le corresponde a cada uno, debido a que son datos que deben constar en la inscripción según el art. 396.2 LSC., y la cuota de liquidación existe siempre aunque no haya activo repartible y es equivalente a la proporción en el capital de cada socio.

Por lo que respecta al segundo defecto, la DG confirma su reiterada doctrina en relación con las certificaciones que se expiden de la junta general: a efectos registrales debe constar de forma expresa la fecha y sistema o modo de aprobación, salvo que se trate de actas notariales.

Resolución de 2-10-2023.
BOE 2-11-2023
Registro Mercantil de Madrid, número XIII

CONVOCATORIA DE JUNTA: FALTA DE COMPETENCIA DEL LETRADO DE JUSTICIA.

SE CONFIRMA

Conforme a los artículos 18 CCO, 6 y 8º RRM y 100 RH entra dentro del ámbito de la calificación de documentos judiciales por el registrador la competencia del órgano y,en consecuencia, la competencia del LAJ para convocar una Junta.

El art. 166 LSC atribuye a los administradores y, su caso, a los liquidadores la competencia ordinaria para convocar la junta general. El Letrado de Justicia carece de competencia para proceder a la convocatoria de la Junta, salvo en los supuestos regulados en el art. 169 LSC en los que se atribuye la competencia a los Letrados de Justicia en concurrencia con los registradores mercantiles para efectuar dicha convocatoria (si las juntas no fueron convocadas en el plazo legal o estatutario previsto o si los administradores no atienden la solicitud de convocatoria de junta general efectuada por la minoría). No estando ante ninguno de estos supuestos y no existiendo una cláusula general de cierre que permita encomendársela en circunstancias extraordinarias, considera la DG la convocatoria de junta no es válida por carecer el Letrado de Justicia de competencia a tal efecto.

Resolución de 3-10-2023.
BOE 2-11-2023
Registro Mercantil de Ciudad Real.

DEPOSITO DE CUENTAS: INFORME DEL AUDITOR.

SE REVOCA

La DG actualmente no viene aplicando la doctrina de que no cabe el depósito de cuentas por el mero hecho de que los informes del auditor sean con opción denegada o desfavorable. Actualmente, se entiende que el hecho de que el auditor no pueda obtener evidencia de auditoría de conformidad con el procedimiento propio de la misma no es un supuesto de inexistencia de auditoría, por lo que el auditor debe emitir informe con alguna de las opiniones legalmente establecidas. Exclusivamente se considera que no cabe la admisión del depósito cuando concurra falta de emisión del informe y la sociedad obligada no hay visto verificadas sus cuentas, pese a estar obligada.

Resolución de 9-10-2023.
BOE 2-11-2023
Registro Mercantil de La Rioja.

LIQUIDACIÓN DE UNA COMPAÑÍA: BALANCE.

SE REVOCA

El objetivo de la liquidación es poder determinar el estado patrimonial de la sociedad, y poder llevar a cabo las operaciones liquidatorias, es decir, determinar qué se reparte a cada socio, previa satisfacción de los acreedores sociales; proceder a su reparto y cancelar los asientos registrales. Para ello es necesario formular un balance final que refleje todas las operaciones liquidatorias y que dicho balance sea aprobado en Junta General junto con un informe completo de dichas operaciones y un proyecto de división entre los socios del activo resultante. Dicho balance puede ser confeccionado de forma simple, siempre que sirva para fijar el patrimonio repartible y la parte correspondiente a cada socio, sin que deba ajustarse necesariamente a las normas legales sobre formulación de las cuentas anuales, pues persigue una finalidad distinta del balance de ejercicio, cual es reflejar las operaciones tendentes a realizar el activo, cancelar las deudas y repartir, en su caso, el patrimonio neto resultante.

Resolución de 10-10-2023.
BOE 2-11-2023
Registro Mercantil de Madrid, número XII.

ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA: CERTIFICACIÓN NEGATIVA DE DENOMINACIÓN PROTOCOLIZADA Y OBJETO SOCIAL.

SE REVOCA

El registrador mercantil en su competencia de calificación en relación con la certificación de denominación o de denominaciones que expide el Registro Mercantil Central, podrá rechazar la inscripción en el supuesto de que ésta no vaya emitida a nombre de uno de los socios fundadores, no siendo este el supuesto del caso que nos ocupa, ya que estamos ante una certificación que ha sido expedida sin el segundo apellido del solicitante, por ello no podrá ser rechazada la inscripción por el registrador mercantil debiendo, en su caso, haber sido resuelta la cuestión en el procedimiento de solicitud de denominación ante el Registro Mercantil Central (arts. 409 y ss RRM).

La DG ha reiterado la doctrina (desde la entrada en vigor de la Ley 14/2013 de apoyo a emprendedores) en relación con el "objeto social" de que la escritura de constitución y la inscripción de la sociedad deben contener el código de actividad correspondiente a la principal que desarrolle la sociedad. (vid. Resoluciones de 8 de octubre de 2018, 17 de noviembre de 2021 y de 26 de junio de 2023).

Por otro lado, la mera previsión de una actividad expresada en términos generales sin concurrencia de los elementos que configuran la sujeción a una norma especial no puede justificar la exclusión de aquella del objeto social al no estar presentes los supuestos para su aplicación (vid. Resoluciones de 5 de febrero de 2020 y 10 de noviembre de 2021 para los denominados servicios de inversión, y de 29 de enero de 2014 para la actividad de inversión colectiva). El registrador debe señalar qué actividades, dentro de la genérica seleccionada, pueden exigir requisitos especiales, para poder ser excluidas expresamente por el interesado.

Resolución de 11-10-2023.
BOE 2-11-2023
Registro Mercantil de Madrid, número VI.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE ACTA NOTARIAL: ACTA NOTARIAL IMPRESCINDIBLE PARA LA VALIDEZ DE LSO ACUERDOS ADOPTADOS EN JUNTA GENERAL.

SE CONFIRMA

La LSC somete la eficacia de los acuerdos de la junta general posterior a la solicitud de la minoría a la constancia de su celebración en acta notarial. En el presente caso, los acuerdos adoptados en la junta general no constan en acta notarial que es un requisito imprescindible para la eficacia de mismos, sino en un acta de presencia y referencia autorizada para la constatación de determinados hechos y declaraciones acaecidos en la junta general, no válido a estos efectos (véase art.203 LSC y RDGRN 28/06/2013 y STS 12/07/2022).

Resolución de 16.10.2023.
BOE 4-11-2023
Registro Mercantil de Barcelona, número VIII.

REDUCCIÓN DE CAPITAL: PROTECCIÓN DE ACREEDORES.

SE CONFIRMA

Se confirma por la DG que al pretender llevar a cabo en el registro mercantil una rectificación de un aumento de capital social ya inscrito un año antes, nos encontramos ante un supuesto de reducción de capital, por lo que no basta con limitarse a rectificar el asiento como si se tratara de una inexactitud registral por medio de una declaración del administrador por sí solo constituyendo una reserva indisponible, sino que dicha rectificación debe reunir los requisitos exigidos por la ley para la reducción de capital, ya sea por pérdidas, restitución de aportaciones o amortización de autocartera, lo que requerirá el correspondiente acuerdo de la junta con el sistema de protección de terceros que estime conveniente la misma en función de la modalidad de reducción de que se trate. (Resoluciones de 2 de

octubre de 2013, 23 de noviembre de 2015, 18 de abril de 2017, 5 de junio de 2019 y 7 de febrero de 2023).

Resolución de 19-10-2023.
BOE 4-11-2023
Registro Mercantil de Barcelona, número XV.

COINCIDENCIA DEL CAPITAL SOCIAL CONSIGNADO EN LA CUENTAS CON EL QUE FIGURA INSCRITO EN EL REGISTRO MERCANTIL.

SE CONFIRMA

La DG viene a confirmar su doctrina por la cual el registrador mercantil, en materia de depósito de cuentas, calificará exclusivamente si los documentos presentados son los exigidos por la ley, están debidamente aprobados en Junta General o por los socios, así como si constan las preceptivas firmas. Este aspecto puramente formal debe entenderse extendido al análisis de ciertos aspectos materiales, entre los que encontramos que coincida el capital consignado en las cuentas con el que figura inscrito en el registro mercantil, por lo que al no coincidir procede el rechazo de dicho depósito de cuentas. (Resoluciones de 28 de febrero de 2005, 23 de enero de 2006, 10 de diciembre de 2008, 17 de diciembre de 2012, 13 de mayo de 2013 y 13 de marzo de 2015).

Esta doctrina resulta aplicable a los supuestos en que, inscrita una modificación de capital en el registro (ya sea aumento o reducción) realizada durante un ejercicio y antes de la formulación de las cuentas, las cuentas presentadas a depósito y relativas a tal ejercicio, no reflejen la modificación, ya que el contenido del registro se presume exacto y válido. Por ello impide el acceso al registro de las cuentas anuales que contradigan el contenido de sus asientos como ha ocurrido en este caso en el que las cuentas de 2021 se presentan en febrero de 2023 con unos datos y la ampliación de capital consta en el registro desde noviembre de 2022, por lo que la cifra debe coincidir.

Resolución 14-11-2023.
BOE 4-12-2023
Registro Mercantil de Madrid, número VII.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE SOLICITUD DE REQUERIMIENTO DE NOTARIO PARA LEVANTAR ACTA DE LA JUNTA GENERAL: EFECTOS EN EL REGISTRO MERCANTIL.

SE CONFIRMA

La DG confirma su reiterada doctrina, entre las que encontramos las resoluciones de 1 de marzo y 11 de octubre de 2023, que una vez solicitado por la minoría prevista el levantamiento de acta notarial de la junta general, ésta es imprescindible para la eficacia de los acuerdos adoptados y, por ende, para su acceso al Registro Mercantil. (Arts. 104 RRM y 203 LSC)

Estamos ante una anotación preventiva que ha sido solicitada por la minoría, por lo que a tenor del artículo 104 RRM, si es exigible que la indicada solicitud se verifique en virtud de requerimiento notarial dirigido a los administradores. A estos efectos, se debe presentar en el registro el acta notarial de requerimiento auténtica y legitimada la firma, no es válido aportar un acta de notificación por fotocopia.

Resolución de 15-11-2023.
BOE 4-12-2023
Registro Mercantil de Eivissa.

ACUERDO DE NOMBRAMIENTO DE ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN EN JUNTA GENERAL DE SOCIOS A LA QUE LOS SOCIOS NO HAN ASISTIDO.

SE REVOCA

Según Sentencia del TS de 19 de abril de 2016 la asistencia de los administradores a las juntas generales forma parte de sus competencias orgánicas, no pudiendo ser objeto de delegación mediante representación. No obstante, también se admite implícitamente por el Alto Tribunal que los miembros del órgano de administración no estén presentes en la junta general, al disponer que sean los socios quienes puedan elegir como presidente y secretario a personas diferentes, ya que se entiende la junta general como una reunión de socios y su celebración se referencia en todo momento a la asistencia de éstos. Por ello, dicha Sentencia dispone que la "ausencia de los administradores sociales, como regla general, no debe ser considerado como causa de suspensión o nulidad de la junta general, ya que podría viciar de nulidad las juntas por no asistir dichos administradores sociales.

Se deberá comprobar que el derecho de información de los socios ha sido respetado conforme a lo dispuesto en la norma.

En el supuesto que nos ocupa, el único acuerdo inscribible adoptado en la junta general y del acta notarial de esta no resulta que la falta de asistencia de los administradores hayan impedido el derecho de información ni hay violado ningún otro derecho individual de los socios.

Resolución de 17-11-2023.
BOE 14-12-2023
Registro Mercantil de Granada, número II.

DUPLICIDAD DE PUBLICACION EN BOE.

Duplicidad en la publicación en los BOEs número 231 de 27 de septiembre de 2023, y el número 244 de 12 de octubre de 2023, en relación con la resolución de 24 de julio del presente, por lo que se corrige el error dejando sin efecto la publicación del BOE número 244, de 12 de octubre.

Resolución de 17-11-2023.
BOE 14-12-2023
Registro Mercantil de Madrid, número XXI.

DUPLICIDAD DE PUBLICACIÓN EN BOE.

Duplicidad en la publicación en los BOEs número 232 (con referencias BOE 20226 y 20227) de 28 de septiembre de 2023, páginas 130967 a 130973 y páginas 130974 a 130979, de la resolución de 26 de julio del presente, por lo que se corrige el error dejando sin efecto la publicación del BOE número 232 de 28 de septiembre, páginas 130974 a 130979 (referencia BOE 20227).

Resolución de 27-11-2023.
BOE 19-12-2023
Registro Mercantil de Eivissa.

JUNTAS GENERALES: VALIDEZ DE LOS ACUERDOS ADOPTADOS CUANDO LOS ADMINISTRADORES NO HAN ASISTIDO Y HAN SIDO REPRESENTADOS.

SE REVOCA

Igual que la Resolución de la DG de 15 de noviembre de 2023 publicada en el BOE de 4 de diciembre —referencia publicación BOE 24746—.

Según Sentencia del TS de 19 de abril de 2016 la asistencia de los administradores a las juntas generales forma parte de sus competencias órganicas, no pudiendo ser objeto de delegación mediante representación. No obstante, también se admite implícitamente por el Alto Tribunal que los miembros del órgano de administración no estén presentes en la junta general, al disponer que sean los socios quienes puedan elegir como presidente y secretario a personas diferentes, ya que se entiende la junta general como una reunión de socios y su celebración se referencia en todo momento a la asistencia de éstos. Por ello, dicha Sentencia dispone que la "ausencia de los administradores sociales, como regla general, no debe ser considerado como causa de suspensión o nulidad de la junta general, ya que podría viciar de nulidad las juntas por no asistir dichos administradores sociales.

Se deberá comprobar que el derecho de información de los socios ha sido respetado conforme a lo dispuesto en la norma.

En el supuesto que nos ocupa, el único acuerdo inscribible adoptado en la junta general y del acta notarial de esta no resulta que la falta de asistencia de los administradores hayan impedido el derecho de información ni hay violado ningún otro derecho individual de los socios.

Resolución de 28-11-2023.
BOE 19-12-2023
Registro Mercantil de Córboba.

REGISTRO CERRADO POR FALTA DEL DEPÓSITO DE CUENTAS.

SE CONFIRMA

La DG confirma la reiterada doctrina en relación con los depósitos de cuentas una vez transcurrido un año desde la fecha del cierre del ejercicio social sin que

se haya practicado en el Registro el depósito de las cuentas anuales debidamente aprobadas: el Registro Mercantil no inscribirá ningún documento presentado con posterioridad a aquella fecha, hasta que se practique el depósito (art. 378 RRM). En el caso que nos ocupa se han subsanado los defectos correspondientes al ejercicio 2022 —cumplimentación correcta de la hoja del titular real y se ha aportado el certificado del acuerdo de aprobación de cuentas firmado por los certificantes—, pero aún así no cabe el depósito por encontrarse el registro cerrado a causa de no haberse practicado los depósitos de cuentas correspondientes a los ejercicios 2019 a 2021.

Resolución de 28-11-2023.
BOE 19-12-2023
Registro Mercantil de Madrid, número XIII.

REVOCACIÓN DE AUDITOR.

SE CONFIRMA PARCIALMENTE

Una sociedad de forma voluntaria ha designado auditor para los ejercicios 2021, 2022 y 2023.

Por junta general se acuerda en julio de 2023 la revocación de dicho auditor para los ejercicios 2022 y 2023.

La DG indica que no cabe inscribir dicha revocación para el ejercicio de 2022 porque vulneraría el derecho que a los socios minoritarios les asiste conforme el art. 265.2 LSC, pues la revocación se lleva a cabo transcurridos los tres meses a que se refiere dicho precepto, pero si se puede inscribir la revocación correspondiente al ejercicio 2023 el cual no está cerrado a la fecha de la adopción del acuerdo por lo que no existe el perjuicio que regula dicho art. 265 LSC.

Resolución de 4-12-2023.
BOE 27-12-2023
Registro Mercantil de Madrid, número XIV

Resolución de 5-12-2023.
BOE 27-12-2023
Registro Mercantil de Madrid, número II.

ESTATUTOS: CARÁCTER RETRIBUIDO DEL CARGO DE ADMINISTRADOR Y SISTEMA DE RETRIBUCIÓN.

SE CONFIRMA

Se confirma la reiterada doctrina de la DG de que debe constar en Estatutos, no solo el carácter retribuido del cargo de administrador, sino también el concreto sistema de retribución, no pudiendo en ningún caso dejarse al arbitrio de la Junta la elección u opción entre los distintos sistemas retributivos previstos en los Estatutos.

Resolución de 29-11-2023.
BOE 28-12-2023
Registro Mercantil de Pontevedra, número II.

ESTATUTOS: ADMINISTRADORES MANCOMUNADOS. FORMA DE ACTUACION.

SE CONFIRMA

Se confirma la reiterada doctrina de la DG de que si en los estatutos de la sociedad, como en este caso, se indica explícitamente que tienen que actuar siempre los administradores mancomunados conjuntamente deben hacerlo todos, por lo que no se aplica lo regulado en el artículo 233.2.c.) LSC.

En este supuesto firman la certificación de los acuerdos de aprobación de las cuentas anuales está expedida por solo dos de los tres administradores por lo que incumple la exigencia de los estatutos que aplican a esta sociedad.

Resolución de 29-11-2023.
BOE 28-12-2023
Registro Mercantil de Madrid, número XXIII

HOJA CERRADA POR FALTA DE DEPÓSITO DE CUENTAS.

SE CONFIRMA

La DG confirma la reiterada doctrina en relación con los depósitos de cuentas una vez q transcurrido un año desde la fecha del cierre del ejercicio social sin que se haya practicado en el Registro el depósito de las cuentas anuales debidamente aprobadas: el Registro Mercantil no inscribirá ningún documento presentado con posterioridad a aquella fecha, hasta que se practique el depósito (art. 378 RRM); estando en el caso que nos ocupa la hoja cerrada de la sociedad por estar sin depositar las cuentas correspondientes al ejercicio 2021, por lo que se tendrán que depositar previamente.

Resolución de 30-11-2023.
BOE 28-12-2023
Registro Mercantil Central, número II.

SEMEJANZA GRÁFICA Y FONÉTICA ENTRE DENOMINACIONES SOCIALES. INACTIVIDAD DE UNA SOCIEDAD.

SE CONFIRMA

La DG confirma que aun cuando existen mínimas diferencias gramaticales, si hay semejanza gráfica y también fonética entre la palabra «Bolzoni» —denominación solicitada— y los términos de las denominaciones «Belzoni, S.A.» y «Bolzani, S.A.» —denominaciones ya existentes—.

La inactividad de la sociedad no es causa de cancelación de la denominación mientras no sea cancelada la hoja registral.

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Insuficiencia de la guarda de hecho y surgimiento de la curatela: compatibilidad o complementariedad

Insufficiency of factual guardianship and emergence of guardianship: compatibility or complementarity

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE*

Profesora Titular de Derecho Civil. UCM.

RESUMEN: La Ley 8/21 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica transforma la institución de la guarda de hecho, ascendiéndola a la categoría de apoyo jurídico, desde su consideración anterior de figura provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para ajustarse a los *principios de necesidad y proporcionalidad*, teniendo en cuenta que debe *respetarse la máxima autonomía de la persona con discapacidad*.

La guarda de hecho es una medida de apoyo informal por la falta de un título formal que la legitime que adquiere especial preferencia cuando las medidas judiciales o voluntarias no se ejercitan adecuada y eficazmente, esto es, que actúa de forma subsidiaria

Para el "paso" de la guarda de hecho a la curatela, como medida judicial de apoyo, quien ejerza la guarda de hecho debe poner de manifiesto su insuficiencia y la conveniencia de la curatela, o, puede que si la guarda de hecho resulta insufi-

* Número de investigador. Código ORCID: 0000-0002-2814-6701

Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación «Derecho de daños. Derecho de la contratación» de la Universidad Complutense de Madrid, de cuyo equipo de investigación soy directora.

ciente se constituya una curatela para prestar un mejor apoyo y en ese caso *ambas figuras pueden coexistir, ser complementarias*.

ABSTRACT: Law 8/21, which reforms civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity, transforms the institution of de facto guardianship, promoting it to the category of legal support, from its consideration previous provisional figure when it appears to be sufficient and appropriate to comply with the principles of necessity and proportionality, taking into account that the maximum autonomy of the person with disabilities must be respected.

In fact, custody is an informal support measure due to the lack of a formal title that legitimizes it, which acquires special preference when judicial or voluntary measures are not exercised adequately and effectively, that is, it acts in a subsidiary manner.

For the "transition" from de facto custody to conservatorship, as a judicial support measure, whoever exercises de facto custody must demonstrate its insufficiency and the convenience of conservatorship, or, perhaps, if de facto custody is insufficient A guardianship is established to provide better support and in that case both figures can coexist and be complementary.

PALABRAS CLAVE: Guarda de hecho. Curatela. Medidas de apoyo a las personas con discapacidad. Medidas de apoyo necesarias.

KEY WORDS. Factual Guardianship. Curatorship. Support measures for people with disabilities. Necessary support measures.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: ANTE LA INSUFICIENCIA DE LA GUARDA DE HECHO SURGE EL ESTABLECIMIENTO DE LA CURATELA.—II. EL PROCEDIMIENTO PARA LA PROVISIÓN DE APOYO.—III. MEDIDAS DE APOYO MIXTAS: ASISTENCIA Y REPRESENTATIVA.—IV. LA NECESARIA REVISIÓN DE LAS MEDIDAS DE APOYO: DE LA GUARDA Y SU POSIBLE CONVERSIÓN EN CURATELA. LA PUBLICIDAD REGISTRAL.—V. EXTINCIÓN DE LA GUARDA DE HECHO. VI.—CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—IX. ÍNDICE DE LEGISLACION CITADA.

I. INTRODUCCIÓN: ANTE LA INSUFICIENCIA DE LA GUARDA DE HECHO SURGE EL ESTABLECIMIENTO DE LA CURATELA

La Ley 8/21, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica transforma la institución de la guarda de hecho, la asciende a la categoría de apoyo jurídico, dejando de ser una figura informal de acompañamiento. Se convierte así de una figura provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para ajustarse a los *principios de necesidad y proporcionalidad*, teniendo en cuenta que debe *respetarse la máxima autonomía de la persona con discapacidad* en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias.

Recordemos que el art. 250 CC la define como una medida informal de apoyo que existe cuando no hay medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando. Y así lo ha puesto de manifiesto la STS de 23 de enero de 2023,[1] donde se sostenía que no era preciso constituir apoyo judicial alguno al funcionar la guarda de hecho de un hijo, estimando el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la tutelada, al entender que las medidas de apoyo judiciales son subsidiarias tanto respecto de las voluntarias como de la guarda de hecho…

La guarda de hecho es una medida de apoyo informal por la falta de un título formal que la legitime, hasta el momento en el que tiene que actuar con funciones representativas.[2]

El guardador puede actuar ocasionalmente cuando la persona requiere una asistencia puntual,[3] supuesto que no impide que más tarde se convierta en una situación asistencial continua o incluso representativa. O, que se convine con la existencia de medidas de apoyo como la curatela, o se convierta la inicial medida voluntaria de guarda en una medida de autocuratela también prefijada.

Su propia naturaleza informal no exige su acreditación como tal medida de apoyo para actuar eficazmente. No obstante, se exige para actuar un título documental a través de dos vías: la judicial (reconocida por el CC y por la LJV a través de un expediente de jurisdicción voluntaria) y la notarial (a través de un acta de notoriedad).

Como institución jurídica de apoyo adquiere especial preferencia cuando las medidas judiciales o voluntarias no se ejercitan adecuada y eficazmente, esto es, que actúa de forma subsidiaria. [4]

La doctrina señala que hay que diferenciar la guarda de hecho de aquellas situaciones puntuales y aisladas que no perduran en el tiempo[5] supuestos que encajarían en el contrato de mandato, en la gestión de negocios sin mandato, o, incluso, en una posible delegación[6]. También se habla de medidas complementarias, como las "redes de apoyo".[7]

En un primer momento en el ámbito jurisprudencial la exigencia de su constancia judicial cuando su finalidad es esencialmente asistencial ha sido objeto de llamada de atención ante una tendencia "errónea" a la judicialización de la figura y el desconocimiento de su alcance y operatividad con la actual reforma.[8]

Para el "paso" de la guarda de hecho a la curatela, como medida judicial de apoyo, quien ejerza la guarda de hecho debe poner de manifiesto su insuficiencia y la conveniencia de la curatela.

La autorización del artículo 255 CC (en la que se señala que cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes, y podrá establecer el régimen de actuación, el alcance de las facultades de la persona o personas que le hayan de prestar apoyo, o la forma de ejercicio del apoyo…) podría impedir la existencia de constitución de una curatela si existiera una guarda de hecho en la práctica. Recordemos que en el apartado 5º del precepto se señala que «Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias».

Cabe que si resulta insuficiente la guarda de hecho se constituya una curatela para prestar un mejor apoyo. En ese caso *ambas figuras pueden coexistir, ser complementarias*. Lo que significa que la interpretación del art. 255.5º debe ser flexible ya que, como dice la sentencia TS de enero de 2023 "se negaría siempre la constitución de una curatela si en la práctica existe una guarda de hecho; lo que se traduciría en que, al revisar las tutelas anteriores, se transformarían de forma automática todas ellas en guardas de hecho…".

En materia de discapacidad siempre es necesario atender a las circunstancias concretas, para advertir si está justificada la constitución de la curatela (y en otro contexto de revisión de tutelas anteriores, la sustitución por una curatela) en vez de la guarda de hecho. En este caso el guardador de hecho tendrá las mismas funciones que el curador asistencial. Cuestión aparte es la figura del curador representativo. Éste último sí que "sustituye a la persona con discapacidad en la toma de decisiones"… Lo que nos recuerda viejos criterios anteriores a los establecidos por la nueva ley de 2021. La transformación hacia una curatela representativa constituye *la necesaria delimitación del apoyo que se necesita* basado en la capacidad de las personas que van a estar sujetas al mismo en relación con las operaciones (más o menos elementales) en la esfera personal o patrimonial.

Téngase en cuenta que la nueva ley acude como último recurso a la curatela, y más aún a la curatela representativa. Medida de apoyo que sólo debe aplicarse mediante resolución motivada cuando no exista otra medida suficiente para la persona con discapacidad.

La Ley 8/2021 consagra la realidad sociológica de que la mayor parte de las personas con algún tipo de discapacidad reciben el apoyo de su entorno más cercano, generalmente por parte de algún familiar, sin que esta situación requiera ser modificada por resultar el apoyo prestado adecuado. Sólo en casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas (art. 249).

Así, por ejemplo, la SAP de Barcelona de 11 de octubre de 2022[9] reconoce que al estar constituida una guarda de hecho es innecesaria la adopción judicial de una medida adicional para el apoyo de la persona con discapacidad.[10]

De modo que siguiendo al art. 264 CC, cuando, excepcionalmente, se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, este habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad. La autorización podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo y deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

En la regulación de la Ley 8/2021, se contienen también los controles y garantías de la guarda (art. 265 CC, se podrá requerir al guardador en cualquier momento, que informe de su actuación, y establecer las salvaguardias que estime necesarias, o rendir cuentas de su actuación en cualquier momento) por el riesgo de abusos a que puede dar lugar, en línea con la previsión del art. 12 de la Convención de Naciones Unidas, que exige las salvaguardias necesarias para que no haya abusos en la prestación de los apoyos.

Tampoco podrá el guardador recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor; prestar medidas de apoyo cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses; adquirir a título oneroso bienes de la persona que precisa el apoyo o transmitirle por su parte bienes por igual título.

Si el guardador lleva a cabo actos sin haber obtenido la preceptiva autorización judicial, la doctrina debate entre si son actos anulables o nulos, partiendo en este último supuesto de la exigencia imperativa de autorización judicial que, impone el art. 264 CC.

En cuanto a los actos relativos a la salud, sigue vigente la regulación del art. 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica que procede de la Ley 26/2015, de 28 de julio. Aunque el art. 9.3 de la Ley 41/2002 contempla el consentimiento por representación de las personas vinculadas por razones familiares o de hecho, y el apartado 6 del mismo art. 9 exige que la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente, debe tenerse en cuenta el esencial apartado 7 del mismo art. 9, conforme al cual la prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal.

El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. *Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento.*

La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. [11]

La SAP de Madrid, de 31 de marzo de 2022[12] analiza un recurso que pretende que se proceda a instituir una curatela con funciones de representación. El juzgador de instancia estimó que puesto que la guarda de hecho está protegiendo suficientemente a la madre de las recurrentes no procede instituir tal medida de apoyo. Insiste la sentencia de la Audiencia en que hay que partir de la actual regulación contenida en la Ley 8/2021, que consagra definitivamente la guarda de hecho como una medida más de apoyo, e incluso, como una medida principal. El apoyo de la guarda de hecho puede consistir en acompañar, informar, asesorar o aconsejar en la toma de decisiones por la persona con discapacidad.

También el juzgador señala, ante los argumentos de la recurrente, que la falta de nombramiento de un curador con facultades de representación avocaría a las guardadoras de hecho a acudir constantemente a los juzgados, con el consiguiente retraso, y el coste que esto puede suponer, y el perjuicio por la tardanza en la toma de decisiones, que esto puede representar, pero lo cierto es que el legislador ha previsto que los problemas se susciten puntualmente, cuando resulta preciso el otorgamiento de un acto jurídico y la persona con discapacidad no está en condiciones de realizarlo, se resuelvan mediante la correspondiente autorización

judicial para la realización del acto de que se trate. La regulación legal, no es muy diferente para el caso del nombramiento de un curador. Puesto que de la misma manera se contempla que incluso quien sea nombrado curador solo excepcionalmente tenga atribuidas funciones de representación.

Se prioriza la guarda de hecho frente a la curatela.

No obstante, la situación cambia, en el caso de la SAP de León de 8 de febrero de 2023[13] que reconoce que la guarda de hecho solo es suficiente si cubre todos los ámbitos ordinarios de la actividad de la persona con discapacidad, pero cuando es preciso extender los apoyos de manera generalizada ya deja de serlo, salvo cumplida demostración en contrario. En este caso, es la propia guardadora la que pone de manifiesto sus dificultades para atender a su madre sin capacidad para representarla de manera continuada y, por ello, este tribunal considera procedente constituir un régimen de curatela.

Como es sabido la reforma de la Ley 8/2021 ha suprimido la tutela y concentra en la curatela todas las medidas judiciales de apoyo continuado.[14]

La Ley concreta cuestiones sobre la aplicación de la regulación legal sobre su provisión, del nombramiento de la persona designada curador, del ejercicio y la extinción. Sin embargo, no aporta información precisa sobre el contenido de las medidas de apoyo y su alcance, pues el contenido de la curatela puede llegar a ser muy amplio, desde la simple y puntual asistencia para una actividad diaria, hasta la representación, en supuestos excepcionales. Es el juez quien debe precisar este contenido en la resolución que acuerde o modifique las medidas. Y ha sido la propia jurisprudencia del Supremo, la que ha realizado la labor inicial pedagógica al respecto.[15]

Lo importante por consiguiente son las medidas de apoyo. Y, ¿cuáles son los caracteres de las mismas? Pues en principio que se aplican a personas mayores de edad o menores emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica. Su finalidad es "permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad" y han de estar "inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales".

Las medidas judiciales de apoyo tienen un carácter subsidiario respecto de las medidas voluntarias de apoyo, por lo que sólo se acordaran en defecto o insuficiencia de estas últimas. A diferencia de la regulación anterior, donde todo giraba en torno a la sentencia de incapacitación judicial, en este nuevo sistema no se precisa ningún previo pronunciamiento sobre la capacidad de la persona.

El juez, que actúa bajo el *principio de intervención mínima*, a la hora de establecer primero la procedencia, y, después el contenido de las medidas de apoyo debe tener en cuenta, por imperativo legal que éstas deben responder *a las necesidades de la persona* y deben ser *proporcionadas* a su necesidad, teniendo en cuenta el *respeto a la máxima autonomía de la persona* en el ejercicio de su capacidad jurídica, teniendo en cuenta *su voluntad, deseos y preferencias* (art. 268 CC).

El juez queda vinculado por la designación de curador llevada a efecto por la persona interesada, salvo las excepciones legalmente previstas (Vid. la STS de 2 de noviembre).[16]

En relación con el contenido de las medidas de apoyo, el juez debe precisar los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de

su capacidad jurídica atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo. No obstante, si se prevé que resultarán insuficientes las medidas asistenciales se podría dotar a la curatela de *funciones de representación*. Esto es, cuando la discapacidad afecte directamente a la capacidad de tomar decisiones y a la autodeterminación, por haber quedado afectada la propia consciencia. Pero tendrá carácter excepcional y la resolución judicial deberá ser motivada, y se señalarán los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad (art. 269 CC).

Nos interesa también el estudio del paso de la guarda de hecho a la necesidad de curatela, figuras que en un principio pueden ser complementarias pero que pueden dejar de serlo cuando es necesaria una *curatela o incluso una curatela representativa*. Téngase en cuenta que la ley 8/21 establece los apoyos de abajo a arriba dando preferencia a las medidas voluntarias, así como la posibilidad de la autocuratela. No obstante, la última jurisprudencia del TS crea doctrina indicando que "…del mismo modo que no es necesario constituir una curatela cuando los apoyos que precisa esa persona están cubiertos satisfactoriamente por una guarda de hecho, nada impide que, aun existiendo una guarda de hecho, pueda constituirse una curatela, si las circunstancias del caso lo muestran más conveniente para prestar mejor ese apoyo".

El sistema de autorizaciones judiciales del Artículo 264 CC puede resultar poco práctico en la vida diaria para llevar a cabo actos administrativos, de contratación o, en la esfera personal, decidir sobre actos médicos, de ahí que el Tribunal Supremo, en ambas resoluciones[17] aboga por la complementariedad de la guarda de hecho y subsidiariedad para que los apoyos funcionen suficientemente pese a ser adoptados judicialmente, constituyendo una curatela.[18]

II. EL PROCEDIMIENTO PARA LA PROVISIÓN DE APOYO

La Ley 8/21 regula como procedimiento común para la provisión judicial de apoyos un *expediente de jurisdicción voluntaria* (arts. 42 bis a], 42bis b] y 42 bis c] LJV). Ley que señala que cuando, tras la comparecencia del fiscal, la persona con discapacidad y su cónyuge y parientes más próximos, surja oposición sobre la medida de apoyo, se ponga fin al expediente y se acuda a un procedimiento contradictorio, un juicio verbal especial (art. 42 bis b]. 5 LJV).

La propia SAP de Cáceres de 16 de febrero de 2022 afirma que es muy significativo la oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo, además de provocar la terminación del expediente, no impida que las medidas puedan ser solicitadas por un juicio contradictorio, lo que presupone que ese juicio pueda concluir con la adopción de las medidas, aun en contra de la voluntad del interesado.[19]

III. MEDIDAS DE APOYO MIXTAS: ASISTENCIAL Y REPRESENTATIVA

Según el caso, el juez puede considerar que la persona con discapacidad precisa de la determinación de apoyos para el desarrollo de su vida jurídica y personal,

por ejemplo, al padecer una patología psíquica que le impide ser consciente de la realidad de forma completa y tomar decisiones con plenitud de conocimiento.

El juez deberá concretar las medidas de apoyo que necesita y las necesidades en que se deben centrar.[20] De modo que la *curatela representativa* versará en la toma de decisiones de contenido económico (seguimiento efectivo de sus cuentas corrientes, depósitos, fondos de inversión u otros productos financieros, o de sus ingresos o gastos); en la realización de actos de carácter económico administrativo como préstamos, ya sean hipotecas o de otra índole, enajenaciones, arrendamientos, donaciones, permutas, aceptación/repudiación de herencia, venta de inmuebles, etc. En el ejercicio de acciones judiciales tanto como demandante como demandada. En el apoyo sanitario, con ayuda para visitas médicas, seguimiento y administración de medicación y tratamientos, gestiones y autorizaciones en el ámbito sanitario, en la toma de decisiones en materia de salud, medicación, tratamientos médicos, intervenciones quirúrgicas y materias relacionadas con la seguridad; en contratar a las personas que, como en la actualidad, vienen auxiliando a la persona, para su atención y para para el fomento terapéutico de sus habilidades físicas, cognitivas, psicomotrices y psicológicas en la representación y gestión de los arrendamientos de inmuebles de los que es dueña o usufructuaria y en establecer una disponibilidad de una cantidad de dinero, para atender pequeños gastos y liberalidades.

Y, la *curatela asistencial* versará en el autocuidado (aseo personal, vestirse, comer, desplazarse, etc.), en la realización de actividades cotidianas (telefonear, responder ante la necesidad de ayuda, etc.) y en disponer libremente de un dinero de bolsillo semanal de una pequeña cantidad de dinero.

Situaciones que pueden no limitar a la persona de la privación de su derecho al voto.[21]

La curatela (tanto representativa como asistencial) se ejercitará explicando a la persona con discapacidad, en términos comprensibles, el alcance de las medidas desarrolladas en su beneficio y, en todo caso, teniendo en cuenta tanto la voluntad de la representada como su personalidad y los deseos que en el pasado haya manifestado inequívocamente en previsión de futuro.

IV. LA NECESARIA REVISIÓN DE LAS MEDIDAS DE APOYO: DE LA GUARDA Y SU POSIBLE CONVERSIÓN EN CURATELA. LA PUBLICIDAD REGISTRAL

Las medidas de apoyo adoptadas serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años y, en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas (art. 255.3 CC).

El párrafo segundo del artículo 268 CC establece que las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en *un plazo máximo de tres años*. No obstante, la autoridad judicial podrá, de *manera excepcional y motivada*, en el procedimiento de provisión o, en su caso, de modificación de apoyos, establecer *un plazo de revisión superior que no podrá exceder de seis años*.

Será el propio juez quien podrá establecer que las medidas de apoyo adoptadas deberán ser revisadas a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria correspondiente, todo ello sin perjuicio de que el curador pueda ser reclamado

por el juzgado o por el Ministerio Fiscal para que rinda cuentas del ejercicio de su representación si así fuera necesario.[22]

El precepto asegura la adecuación y proporcionalidad de las medidas, y, la mínima intervención, atendiendo para ello a la evolución y a la situación cambiante de la persona con discapacidad que, puede derivar en una mejoría o un empeoramiento.

Como medida de apoyo informal, su publicidad registral tendrá lugar mediante anotación en el Registro Civil (art. 40.9 LRC), siempre que se constate su existencia judicialmente, o porque la autoridad judicial requiere al guardador por algún motivo, o porque el guardador solicita autorización judicial. No obstante, la anotación no tiene el mismo valor probatorio que la inscripción, quedando limitado su efecto a un valor meramente informativo. Dicha anotación podrá extenderse a petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado.

Por otro lado, el guardador de hecho puede solicitar autorización judicial para realizar una actuación representativa a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad. Tal autorización podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo. Pues bien, el auto que le otorgue tal facultad representativa, al ser una resolución judicial podrá ser inscrito en el Registro Civil.

También puede ocurrir que tras la revisión de la medida se archive la tutela acordada con anterioridad a la reforma, o la curatela acordada tras la reforma por entender que la guarda de hecho resulta ahora suficiente y adecuada como medida de apoyo. Resolución que será un título acreditativo también de dicha institución.

Por aplicación del artículo 755 LEC en relación con el artículo 300 CC las sentencias y demás resoluciones dictadas en los procedimientos de determinación de los apoyos a las personas con discapacidad se comunicarán al Registro Civil donde consta inscrito el nacimiento del beneficiado por los apoyos, a los efectos legales oportunos.[23]

V. EXTINCIÓN DE LA GUARDA DE HECHO

Se trata de una medida de apoyo informal, por lo que no es necesario ninguna resolución judicial o escritura pública que la extinga, pero el art. 267 CC enumera unas causas de extinción que responden a tal naturaleza o esencia de esta medida de apoyo. Así, la guarda de hecho se extingue:

1.º Cuando la persona a quien se preste apoyo solicite que este se organice de otro modo.

¿Qué significa «organizar de otro modo el apoyo»? Supone que se extinga por no necesitarla ya la persona del guardado, o por que solicite una medida de apoyo judicial como la curatela, o porque se nombre como curador al que hasta ahora ha sido el guardador de hecho; o se decida por una medida de apoyo voluntaria (apoderamiento preventivo) o, simplemente, se solicite un cambio en la persona del guardador de hecho manteniendo tal medida de apoyo.

2.º Cuando desaparezcan las causas que la motivaron. Con esta nueva regulación se promueve, favorece y asegura el goce pleno en condiciones de igualdad de la capacidad jurídica. Medidas relativas al ejercicio de su capacidad jurídica, pro-

porcionales y adaptadas a sus circunstancias personales. Habrán de aplicarse en el menor tiempo posible, serán objeto de constante revisión y, cuando sean necesarias. Por lo que, desaparecida la causa y la necesidad que motivaron la adopción de la medida de la guarda de hecho será ésta la que se encargue en este supuesto de la toma de sus propias decisiones. Con ello se fomenta que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro.

3.º Cuando el guardador desista de su actuación, en cuyo caso deberá ponerlo previamente en conocimiento de la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada las funciones de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad.

A fin de evitar una situación de desamparo del guardado de hecho, el deber de poner tal desistimiento de su actuación en conocimiento de la entidad pública, que en el respectivo territorio tenga encomendada las funciones de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad (art. 255 CC) es una obligación.

4.º Cuando, a solicitud del Ministerio Fiscal o de quien se interese por ejercer el apoyo de la persona bajo guarda, la autoridad judicial lo considere conveniente.

Se trata de una causa de extinción genérica, cuando el Juez o Ministerio Fiscal considere conveniente puede deberse a que haya conflictos de intereses o influencia indebida o que el comportamiento del guardador de hecho no sea correcto.

VI. CONCLUSIONES

La reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021 refuerza la actuación del guardador de hecho. Se la califica como institución de apoyo informal para la guarda de personas con discapacidad, operando con estabilidad y permanencia.

Guarda que conlleva el cuidado y protección de la persona con discapacidad y su patrimonio, respetando su voluntad, deseos y preferencias en la toma de decisiones, pues, aquella es quien consiente, operando bajo el principio de mínima intervención y proporcionalidad.

Medida de apoyo informal que opera cuando ya existe y viene ejerciéndose adecuadamente y no hay medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, o si existen éstas no se están aplicando eficazmente —de forma subsidiaria—.

La Ley 8/21 ha reforzado la figura de la guarda de hecho desjudicializándola concepto no asumido en muchos sectores y por los propios operadores jurídicos y financieros —entidades bancarias, entre otras, Administraciones estatales, autonómicas y municipales, poderes públicos, e, incluso, en el ámbito notarial.

La guarda de hecho será, primordialmente, de *naturaleza asistencial*. Pues teniendo en cuenta el respeto a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, la guarda de hecho como persona que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro. No obstante, se podrá conceder la *autorización judicial para*

un caso concreto, mediante un acto de jurisdicción voluntaria, *o alcanzar a una pluralidad de actos que, sin exceder de la mera administración ordinaria*, sean necesario para el desarrollo de la función de apoyo. En este caso estamos ante una autorización genérica para determinados actos.

Sólo en caso de que no sea posible la determinación de sus deseos tendrá *funciones representativas*. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores. En este caso el guardador deberá obtener la autorización para realizarla a través del expediente de jurisdicción voluntaria.

En todo caso la autoridad judicial impondrá las salvaguardas que considere oportunas ya que está sometida al correspondiente control judicial con obligación del guardador de informar a la autoridad judicial sobre su actuación.

En el supuesto en que se considere la insuficiencia de la guarda y la necesidad de la curatela como medida judicial de apoyo, quien ejerza la guarda de hecho debe ponerlo de manifiesto a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, de modo que puede que *ambas figuras coexistan, siendo la curatela complementaria de la guarda, o simplemente teniendo un carácter subsidiario*.

VII. BIBLIOGRAFÍA

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: "La guarda de hecho de las personas con discapacidad", en *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio.* Coordinadores: Pedro Chaparro Matamoros, Álvaro Bueno Biot, José Ramón de Verda y Beamonte. Tirant. Valencia. 2022.

DÍAZ PARDO, G.: "Nuevo horizonte de la guarda de hecho como institución jurídica de apoyo tras la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio", en El ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio (dir. M. Pereña Vicente, M.M. Heras Hernández y coord. M. Núñez Núñez), Tirant lo blanch, Valencia, 2022, p. 312

LECIÑERA IBARRA, Asunción: *La guarda de hecho de las personas mayores*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2015, pp. 49-50.

PARRA LUCÁN, Mª Ángeles: "La guarda de hecho de las personas con discapacidad", en *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* (coord. S. de Salas Murillo), Dykinson, Madrid 2013, p. 212.

RICO GARCÍA, Eladio Javier: "La guarda de hecho a la luz de las Sentencias del Pleno del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2023. Procedencia de la curatela en caso de insuficiencia de la guarda (Una vuelta de tuerca a la Ley 8/2021 de reforma civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica «¿Cambiarlo todo para que nada cambie?)" en *La Ley*. 22 de noviembre de 2023.

SOLÉ RESINA: "Apoyos informales o no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica y la guarda de hecho", *LA LEY Derecho de Familia*, número 31, sección A Fondo, tercer trimestre de 2021, p. 2.

Constitución de una curatela representativa cuando la guarda de hecho no cubra de manera adecuada las necesidades provocadas por la discapacidad.

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sentencia 1443/2023, 20 oct. Recurso 7437/2022. *Diario LA LEY*, Nº 10395, Sección Sentencias y Resoluciones, 24 de noviembre de 2023, LA LEY

VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STS, Sala Primera, de 23 de enero. Nº de sentencia 66/2023. Nª de recurso 9739/2021. Ponente: Mª de los Ángeles Parra Lucán. Numroj: STS 1291:2023. Ecli: ES:TS:2023:1291
- STS Sala Primera de 2 de noviembre de 2021. Número Sentencia: 734/2021 Número Recurso: 1201/2021. Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg. Numroj: STS 4003:2021. Ecli: ES:TS:2021:4003
- STS de Pleno, Sala Primera, de lo Civil. Sentencia de 8 de septiembre de 2021. Nº de sentencia 589/2021. Recurso 4187/2019. Ponente: Ignacio Sancho Gargallo.
- SAP de Alicante, Sección Sexta, sentencia de 20 de febrero de 2023. Número Sentencia: 56/2023 Número Recurso: 945/2022. Ponente: Encarnación Caturla Juan. Numroj: SAP A 598/2023. Ecli: ES:APA:2023:598
- SAP de León. Sección: Primera. Sentencia de 8 de febrero de 2023. Número Sentencia: 90/2023 Número Recurso: 1007/2022. Ponente: Ricardo Rodríguez López. Numroj: SAP LE 186/2023. Ecli: ES:APLE:2023:186.
- SAP de Barcelona, Sección: Decimoctava, sentencia de 11 de octubre de 2022. Número Sentencia: 516/2022 Número Recurso: 547/2022. Ponente: Myriam Sambola Cabrer. Numroj: SAP B 10871:2022. Ecli: ES:APB:2022:10871
- SAP de Badajoz. Sección: Tercera. Sentencia de 8 de junio de 2022. Número Sentencia: 149/2022. Número Recurso: 159/2022. Ponente: María Dolores Fernández Gallardo. Numroj: SAP BA 910:2022. Ecli: ES:APBA:2022:910
- SAP de Madrid, Sección Vigesimocuarta. Sentencia de 3 de mayo de 2022. Número Sentencia: 356/2022 Número Recurso: 384/2021. Ponente: Natalia Velilla Antolín. Numroj: SAP M 5475:2022. Ecli: ES:APM:2022:5475
- SAP de Madrid, de 31 de marzo de 2022. Número Sentencia: 105/2022 Número Recurso: 189/2022. Ponente: Maria Dolores Planes Moreno. Numroj: SAP M 20007:2022. Ecli: ES:APM:2022:20007.
- SAP de Madrid Sección Vigesimocuarta. Sentencia de 11 de marzo de 2022. Número Sentencia: 212/2022 Número Recurso: 421/2021. Ponente: Emelina Santana Páez. Numroj: SAP M 3544:2022. Ecli: ES:APM:2022:3544.
- SAP de Cáceres Sección Primera, sentencia de 16 de febrero de 2022. Número Sentencia: 130/2022 Número Recurso: 37/2022. Ponente: Antonio María González Floriano. Numroj: SAP CC 156:2022. Ecli: ES:APCC:2022:156
- SAP de Madrid, Sección Vigesimocuarta. Sentencia de 20 de diciembre de 2021. Número Sentencia: 1050/2021 Número Recurso: 156/2020. Numroj: SAP M 14902:2021. Ecli: ES:APM:2021:14902. Ponente: Emelina Santana Páez.
- SJPII, número 4, Massamagrell (Valencia), 21 septiembre 2021 (ECLI:ES:-JPII:2021:916)
- SJPI Castellón de la Plana, número 9, 487/3021, 4 octubre (ECLI:ES:-

JPI:2021:1531)
- AJPI, número 5, de Córdoba 81/2022, de 7 de febrero
- AJPI, número 3 del Córdoba, 8/2022, de 11 de enero
- AJPI, número 16, Granada, 4 febrero 2021
- AJPI, número 17, Sevilla 15 enero 2021 (ECLI:ES:JPI:2021:18 A)
- AJPI, número 17, de Sevilla 47/2021, de 5 de enero de 2021

IX. ÍNDICE DE LEGISLACION CITADA

- Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13/12/2006.
- Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.
- Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio, de todas las personas con discapacidad.
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

NOTAS

[1] STS, Sala Primera, de 23 de enero. Nº de sentencia 66/2023. Nª de recurso 9739/2021. Ponente: Mª de los Ángeles Parra Lucán. Numroj: STS 1291:2023. Ecli: ES:TS:2023:1291

[2] La SAP Santander 14 febrero 2022 ((Tol 8818918)) después de indicar que, la guarda de hecho por su propia naturaleza es una figura de apoyo informal, de desarrollarse como medio ordinario, preferente y no provisional de apoyo sin necesidad de reconocimiento o investidura judicial —a salvo de los supuestos legales que existen un control judicial previo, como los actos que requieran acreditar la representación y para prestar el consentimiento en los actos que enumera el art. 287 CC— es decir, sin necesidad que se constituya por una sentencia judicial —que, todo lo más, puede declararla, en cuanto que prueba su existencia—. Indica que, de los hechos probados se deduce de forma evidente que el hijo común Jacinto, actualmente con 20 años, requiere de medidas de apoyo para el pleno ejercicio de su capacidad jurídica que habrán de ser ratificadas o definidas a través de la presente resolución en el caso que se presente la necesidad de su determinación o fijación judicial, dado que en el instante del dictado de la sentencia de primera instancia no había entrado en vigor (el 3 de septiembre de 2021) la Ley 8/2021. A ello añade que, las relaciones familiares, desde el dictado de la sentencia de divorcio, hasta la mayoría de edad de Jacinto se han caracterizado por un régimen de custodia exclusiva de la madre, un amplio régimen de comunicación con el padre, que satisface una pensión de alimentos, y la atribución de la vivienda familiar para que la ocupen la madre y sus hijos a cargo. La madre, en consecuencia, bajo el régimen general deducible de la reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, de 2 de junio y, en particular, del contenido de los arts. 91 y 94 CC, es la guardadora de hecho ordinaria de Jacinto

[3] DÍAZ PARDO, G.: "Nuevo horizonte de la guarda de hecho como institución jurídica de apoyo tras la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio", en El ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio (dir. M. Pereña Vicente, M.M. Heras Hernández y coord. M. Núñez Núñez), Tirant lo blanch, Valencia, 2022, p. 312.

[4] La Ley 7/21 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica intenta dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en nueva york el 13/12/2006 tratado internacional que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los estados partes adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. SAP de Madrid Sección: Vigesimocuarta. Sentencia de 11 de marzo de 2022. Número Sentencia: 212/2022 Número Recurso: 421/2021. Ponente: Emelina Santana Páez. Numroj: SAP M 3544:2022. Ecli: ES:APM:2022:3544

[5] PARRA LUCÁN, Mª Ángeles: "La guarda de hecho de las personas con discapacidad", en Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas (coord. S. de Salas Murillo), Dykinson, Madrid 2013, p. 212.

[6] LECIÑERA IBARRA, Asunción: *La guarda de hecho de las personas mayores*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2015, pp. 49-50.

[7] SOLÉ RESINA: "Apoyos informales o no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica y la guarda de hecho", *LA LEY Derecho de Familia*, número 31, sección A Fondo, tercer trimestre de 2021, p. 2.

[8] Así el AJPI, número 5, de Córdoba 81/2022, de 7 de febrero subraya y observa que "la guarda de hecho no precisa de una investidura judicial formal. Sin embargo, Dª Emilia, hermana de Dª Raquel, conviviente y encargada de velar por ella, se ve necesitada de recabar el auxilio judicial con el objeto de que se reconozca por parte de entes públicos y privados las facultades que ya vienen reconocidas legalmente en aras, única y exclusivamente, a tutelar los intereses de su hermana, cuya discapacidad consta acreditada en autor. Esta cuestión no

deja de ser preocupante pues, lleva ínsito un desconocimiento e incumplimiento por parte de dichos entes de la nueva regulación legal para la protección de las personas con discapacidad, obstaculizando, entorpeciendo y retrasando que puedan ejercitar sus derechos a través de sus guardadores de hecho".

Y la juez pone las situaciones cotidianas que, impiden el ejercicio de la guarda de hecho. Así señala que, Dª Emilia, guardadora de hecho de su hermana Dª Raquel, acude a la entidad bancaria con el fin de anular una cuenta titularidad de su hermana de la que intuimos solo le genera gastos bancarios. Es una actuación beneficiosa para Dª Raquel y amparada en el art. 264 CC ya que no supone un cambio significativo en la forma de vida de la persona y es un acto jurídico sobre bienes de esta que tiene escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar; por otra parte, Dª Emilia necesita solicitar atrasos correspondientes a su hermana Dª Raquel tras la concesión a ésta de una pensión de orfandad. Puede acreditar la discapacidad de su hermana ya que tiene reconocido un grado de minusvalía del 78% y de acuerdo con el art. 269 y concordantes CC no necesita autorización judicial para ello; en fin, Dª Emilia, guardadora de hecho de su hermana, en interés único y exclusivo de ésta, *se ha visto necesitada de recabar el auxilio judicial para que se declare su condición de guardador a de hecho para disponer de una cantidad por defunción de un tercero que corresponde a su hermana discapacitada*.

En todas estas actuaciones, como declara la jueza, Dª Emilia *no precisa que se declare su condición de guardadora de hecho conforme a la nueva regulación vigente, no precisa de autorización judicial* tal y como venimos analizando, pero ha tenido que formular la correspondiente solicitud de jurisdicción voluntaria con el único fin de poder llevar a cabo las situaciones descritas para la tutela de los derechos e intereses de su hermana con un grado de discapacidad del 78% acreditado ante los obstáculos a los que ha hecho frente.

Asimismo, en el AJPI, número 3 del Córdoba, 8/2022, de 11 de enero se ha tenido que reconocer a Dª Roberta madre de Lidia como guardadora de hecho de su hija frente a la entidad BBK Bank Cajasur y en consecuencia, declarar frente a dicha entidad que Dª Roberta se encuentra legitimada por ley para realizar respecto de cuentas bancarias de la que su hija Lidia sea titular, funciones de administración ordinaria y disposición en los términos previstas en el art. 263 CC (que no supongan un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de ésta que tenga escasa relevancia económica).

[9] SAP de Barcelona, Sección: Decimoctava, sentencia de 11 de octubre de 2022. Número Sentencia: 516/2022 Número Recurso: 547/2022. Ponente: Myriam Sambola Cabrer. Numroj: SAP B 10871:2022. Ecli: ES:APB:2022:10871

[10] "El Codi Civil Catalán ha sido reformado parcialmente por el Decreto Ley 19/2021 de 31 de agosto por el que se adapta a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad. El Decreto Ley modifica el capítulo VI "La asistencia" pero no introduce modificación alguna en la guarda de hecho regulada en el Capítulo V, arts. 225-1 a 225-5. A la espera de una reformulación o modificación de la regulación aplicable, los Tribunales nos vemos obligados a hacer un ejercicio de adaptación no solo terminológico, en el contexto que inspira la reforma Estatal y que ha de inspirar la reforma del Codi Civil de Catalunya que no es otro que el de la Convención de Nueva York. En el Preámbulo del Decreto Ley 19/2021 se recoge la necesidad urgente de la reforma para evitar un vacío legal y la necesidad urgente de establecer un régimen legal adaptado a las premisas de la Convención de Nueva York al haberse suprimido por la Ley 8/2021 de 2 de junio el procedimiento judicial de modificación de la capacidad.

[11] En relación con la vacuna contra el Covid-19, por un lado, el AJPI, número 17, Sevilla 15 enero 2021 (ECLI:ES:JPI:2021:18 A) autoriza al servicio médico-sanitario de una residencia de mayores a suministrar a una de sus usuarias —una mujer de 86 años— la vacuna contra el Covid-19, pese a la negativa de su hijo. Para el juez los argumentos esgrimidos por el hijo son comprensibles y legítimos, pero considera que los mismos deben decaer frente al carácter seguro de la vacuna del Covid-19, que cuenta con la aprobación de la Agencia Europea del Medicamento. Además, señala que, en todo caso, es mayor y más grave el riesgo

de contraer la infección por coronavirus, que la de padecer algún efecto secundario grave. Asimismo, descarta que la vacuna este contraindicada en este caso al no presentar la residente alergia al principio activo de la misma o a alguno de su componente, en definitiva, no constando ninguna contraindicación médica, el Juzgado *estima la solicitud formulada por ser una medida médico-sanitaria necesaria*.

Por otro, el AJPI, número 16, Granada, 4 febrero 2021 autoriza al servicio médico-sanitario de una residencia de mayores a suministrar la vacuna Covid-19 a uno de sus residentes, de 81 años de edad, aunque este ya haya pasado la enfermedad. Para el titular del Juzgado no existen razones atendibles para esta negativa del hijo pues el derecho a la salud debe prevalecer sobre la opinión contraria del familiar. El Auto destaca que, si bien, el padre ha pasado la enfermedad del coronavirus y presenta anticuerpos al virus, en el estado actual de la ciencia no es posible determinar con precisión el tiempo de inmunidad al virus tras sufrir la enfermedad, evidenciándose que este es altamente variable en atención a las características personales del paciente y habiéndose descrito casos en los que se ha producido nuevo contagio o reinfección. Por tanto, y dado que el riesgo no ha desaparecido, el Juez estima que, en las actuales circunstancias, el riesgo de no vacunarse es mucho mayor que el de hacerlo.

El AJPI, número 17, de Sevilla 47/2021, de 5 de enero de 2021 autoriza judicialmente para vacunar contra el Covid-19 a una mujer de 86 años que vive en una residencia de ancianos tras la negativa de su hijo, guardador de hecho. La mujer, por las enfermedades que padece, no tiene capacidad para dar un consentimiento informado válido, ni entender que es lo más beneficioso para su salud. El hijo alega que prefiere esperar antes que vacune a su madre, ya que aún no se ha podido determinar la existencia de efectos adversos. Estos argumentos decaen frente al carácter seguro de la vacuna Covid-19, que cuenta con la aprobación de la Agencia Europea del medicamento, además, la vacunación se presenta como la única alternativa eficaz para la adecuada protección de la vida de la madre frente al riesgo de desarrollar una enfermada grave por Covid 19.

[12] SAP de Madrid, de 31 de marzo de 2022. Número Sentencia: 105/2022 Número Recurso: 189/2022. Ponente: Maria Dolores Planes Moreno. Numroj: SAP M 20007:2022. Ecli: ES:APM:2022:20007.

[13] SAP de León. Sección: Primera. Sentencia de 8 de febrero de 2023. Número Sentencia: 90/2023 Número Recurso: 1007/2022. Ponente: Ricardo Rodríguez López. Numroj: SAP LE 186/2023. Ecli: ES:APLE:2023:186

[14] SAP de Badajoz. Sección: Tercera. Sentencia de 8 de junio de 2022. Número Sentencia: 149/2022. Número Recurso: 159/2022. Ponente: María Dolores Fernández Gallardo. Numroj: SAP BA 910:2022. Ecli: ES:APBA:2022:910

[15] STS de Pleno del TS, Sala Primera, de lo Civil. Sentencia de 8 de septiembre. Nº de sentencia 589/2021. Recurso 4187/2019. Ponente: Ignacio Sancho Gargallo.

[16] STS Sala Primera de 2 de noviembre de 2021. Número Sentencia: 734/2021 Número Recurso: 1201/2021. Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg. Numroj: STS 4003:2021. Ecli: ES:TS:2021:4003

[17] STS, Sala Primera, de 23 de enero. Nº de sentencia 66/2023. Nª de recurso 9739/2021. Ponente: Mª de los Ángeles Parra Lucán. Numroj: STS 1291:2023. Ecli: ES:TS:2023:1291

STS de Pleno, Sala Primera, de lo Civil. Sentencia de 8 de septiembre. Nº de sentencia 589/2021. Recurso 4187/2019. Ponente: Ignacio Sancho Gargallo. Aplica por primera vez en un recurso de casación el régimen de provisión de apoyos judiciales introducido por la Ley 8/2021 y lleva a cabo una interpretación de la nueva normativa "De la propia regulación legal, contenida en los arts. 249 y ss. CC, así como del reseñado art. 12 de la Convención, se extraen los elementos caracterizadores del nuevo régimen legal de provisión de apoyos: i) es aplicable a personas mayores de edad o menores emancipadas que precisen una medida de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica; ii) la finalidad de estas medidas de apoyo es "permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad" y han de estar "inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales"; iii) las medidas judiciales de apoyo tienen un ca-

rácter subsidiario respecto de las medidas voluntarias de apoyo, por lo que sólo se acordaran en defecto o insuficiencia de estas últimas; iv) no se precisa ningún previo pronunciamiento sobre la capacidad de la persona; y v) la provisión judicial de apoyos debe ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, ha de respetar la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias". Continúa señalando que "A la hora de llevar a cabo esta labor de juzgar sobre la procedencia de las medidas y su contenido, el juez necesariamente ha de tener en cuenta las directrices legales previstas en el art. 268 CC: las medidas tomadas por el juez en el procedimiento de provisión de apoyos deben responder a las necesidades de la persona que las precise y ser proporcionadas a esta necesidad, han de respetar "la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica" y atender "en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias".

[18] Actualmente se encuentran pendientes en diversas Audiencias Provinciales recursos de apelación frente a los autos que denegaba las medidas de apoyo judiciales y que remitía a los familiares a acudir al burocrático tramite de las autorizaciones del artículo 264 CC que requieren la actuación representativa del guardador de hecho y que suponen un peregrinaje judicial muy indeseado, pues había que abrir un expediente de jurisdicción voluntaria de forma reiterada y continua que revela a las claras la insuficiencia de la guarda, por lo que hace relevante la conveniencia de adoptar una medida judicial, todo ello sin perjuicio de lo previsto en el régimen general de autorizaciones para el curador representativo fijado en el artículo 287 CC.

[19] SAP de Cáceres Sección Primera, sentencia de 16 de febrero de 2022. Número Sentencia: 130/2022 Número Recurso: 37/2022. Ponente: Antonio María González Floriano. Numroj: SAP CC 156:2022. Ecli: ES:APCC:2022:156

[20] SAP de Madrid Sección: Vigesimocuarta. Sentencia de 11 de marzo de 2022. Número Sentencia: 212/2022 Número Recurso: 421/2021. Ponente: Emelina Santana Páez. Numroj: SAP M 3544:2022. Ecli: ES:APM:2022:3544. En el mismo sentido SAP de Madrid, Sección Vigesimocuarta. Sentencia de 3 de mayo de 2022. Número Sentencia: 356/2022 Número Recurso: 384/2021. Ponente: Natalia Velilla Antolín. Numroj: SAP M 5475:2022. Ecli: ES:APM:2022:5475. SAP de Alicante, Sección Sexta, sentencia de 20 de febrero de 2023. Número Sentencia: 56/2023 Número Recurso: 945/2022. Ponente: Encarnación Caturla Juan. Numroj: SAP A 598/2023. Ecli: ES:APA:2023:598

[21] Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio, de todas las personas con discapacidad.

[22] SAP de Madrid, Sección: Vigesimocuarta. Sentencia de 20 de diciembre de 2021. Número Sentencia: 1050/2021 Número Recurso: 156/2020. Numroj: SAP M 14902:2021. Ecli: ES:APM:2021:14902. Ponente: Emelina Santana Páez.

[23] SAP de Madrid Sección: Vigesimocuarta. Sentencia de 11 de marzo de 2022. Número Sentencia: 212/2022 Número Recurso: 421/2021. Ponente: Emelina Santana Páez. Numroj: SAP M 3544:2022. Ecli: ES:APM:2022:3544

1.2. Derecho de Familia

Pactos prematrimoniales en previsión de ruptura. régimen jurídico, contenido y eficacia.

Premarriage agreements in prediction of breakup. legal regime, content and efficacy.

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil (acreditada a profesora Titular). Universidad Complutense de Madrid.

RESUMEN: La potenciación de la autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho de Familia ha propiciado que, empiece a ser habitual en España la adopción de acuerdos antes de contraer matrimonio con el objeto de regular de forma anticipada y preventiva los efectos de una eventual ruptura tanto en la esfera personal como patrimonial de los futuros cónyuges, como, asimismo, los que pueden incidir en la relación con los hijos sujetos a patria potestad, uso de vivienda y deberes conyugales. Todo ello sin perjuicio de poder ser acordado por parejas de hecho o convivientes *more uxorio*. Se trata de los llamados pactos prematrimoniales o pactos prenupciales en previsión de ruptura antes de contraer matrimonio, sin perjuicio de poder convenirse también constante el mismo para regular determinados aspectos económicos relativos al matrimonio. Todo ello, con ciertos límites como que no contradigan las normas imperativas existentes en nuestro ordenamiento ni los principios civiles y constitucionales que definen la institución del matrimonio, la situación de crisis matrimonial y las relaciones paterno-filiales y, el principio de igualdad sin sesgo de género. Sobre tales pactos prematrimoniales en previsión de ruptura en lo que representa su régimen jurídico y contenido, vamos a centrarse en presente estudio.

ABSTRACT: The empowerment of the autonomy of the will in the field of Family Law has led to the adoption of agreements before marriage with the aim of regulating in advance and preventively the effects of a possible breakup both in the personal and patrimonial sphere of the future spouses, as well as those that may affect the relationship with children subject to parental authority, use of housing and marital duties. All this without prejudice to being able to be agreed upon by de facto couples or more uxorio cohabitants. These are the so-called prenuptial agreements or prenuptial agreements in anticipation of breaking up before getting married, without prejudice to

the fact that they can also be agreed to be constant to regulate certain economic aspects related to marriage. All of this, with certain limits such as that they do not contradict the mandatory norms existing in our system or the civil and constitutional principles that define the institution of marriage, the situation of marital crisis and parent-child relationships and, the principle of equality without gender. We are going to focus on such prenuptial agreements in anticipation of a breakdown in what their legal regime and content represent.

PALABRAS CLAVE: Pactos prematrimoniales, pactos en previsión de ruptura, separación o divorcio, convenio regulador, capitulaciones matrimoniales, deberes conyugales, pensión compensatoria, compensación por el trabajo para la casa, uso de la vivienda, y, guarda y custodia, indemnización de daños por incumplimiento.

KEYWORDS: Prenuptial agreements, agreements in anticipation of breakup, separation or divorce, regulatory agreement, marriage agreements, marital duties, compensatory pension, compensation for work for the house, use of the home, and, guardianship and custody, compensation for damages for non-compliance.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LA AUTONOMÍA PERSONAL E IGUALDAD DE LOS CÓNYUGES Y SUS LÍMITES.—III. CONCEPTO, NATURALEZA Y REGULACIÓN. 1. Concepto y naturaleza. 2. Capitulaciones matrimoniales, convenio regulador y pactos en previsión de ruptura. 3. Tratamiento normativo de los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura.—IV. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS PACTOS PREMATRIMONIALES O EN PREVISIÓN DE RUPTURA. 1. Sujetos. Cónyuges y parejas de hecho. 2. Objeto. 3. Causa. 4. Forma y publicidad.—V. CONTENIDO DE LOS PACTOS PREMATRIMONIALES O EN PREVISIÓN DE RUPTURA. 1. Pactos sobre la pensión compensatoria. 2. Pactos relativos al derecho de compensación por el trabajo en casa. 3. Otros posibles acuerdos patrimoniales: sociedad de gananciales y liquidación de la comunidad conyugal. 4. Pactos relativos a la vivienda familiar. 5. Pactos sobre alimentos. 6. Pactos relativos a la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos menores de edad no emancipados, y guarda y custodia de animales de compañía. 7. Pactos que afectan a derechos fundamentales o pueden vulnerar normas imperativas.—VI. EFICACIA, INEFICACIA Y CONTROL JUDICIAL DE LOS PACTOS PREMATRIMONIALES O EN PREVISIÓN DE RUPTURA.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Dentro del derecho de familia el instituto matrimonial es el que se ha adaptado a esta nueva realidad social. Así se ha pasado de un matrimonio-institución a un matrimonio-contrato. De una regulación imperativa a una regulación con más amplios márgenes de autorregulación[1]. Se ha producido lo que PAZ-ARES denomina privatización del matrimonio que permite a los cónyuges modificar los esquemas legales adaptándolas a sus necesidades; de forma que, los cónyuges en el uso de su autonomía de voluntad pueden configurar el marco normativo de sus relaciones jurídico matrimoniales, fundamentalmente en el orden económico[2]. En este contexto, el marco normativo español ha ampliado sucesivamente el campo

de la autonomía privada en el marco del derecho de familia mediante la aprobación de sucesivas reformas del Código Civil. En este sentido, cabe referirse a la Ley 14/1975, de 2 de mayo que, vino a eliminar las limitaciones de la capacidad de obrar de la mujer casada; en la Ley 11/1981, de 13 de mayo que, consagró el principio de libertad de los cónyuges para celebrar entre sí toda clase de actos y negocios jurídicos; a la Ley 30/1981, de 7 de julio que, introdujo el convenio regulador, permitiendo a los cónyuges determinar de mutuo acuerdo los efectos de su ruptura; a la Ley 15/2005, de 8 de julio que, ha ampliado el ámbito de autonomía de los consortes en orden a poner fin a su convivencia, reconociendo la facultad de solicitar la disolución del matrimonio sin más requisitos que, el trascurso de tres meses desde su celebración y, asimismo, reconociendo más trascendencia a la autonomía de la persona en la determinación de los efectos de la ruptura[3]. Se ha abandonado el régimen causalista del divorcio, dando lugar a un sistema consensual que facilita que los cónyuges no sigan casados *ad nutum*, por voluntad de uno solo o de ambos. Se constata, por tanto, una mayor libertad individual en materia de separación y divorcio, además de desaparecer el divorcio causal —en sus modalidades de divorcio-remedio y divorcio-sanción—hacia el divorcio consensual que, reconoce la primacía de la voluntad de cada uno de los cónyuges para no continuar casado (divorcio no causal); y, en fin, la Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria que instaura el divorcio ante notario. Todo ello contribuye a allanar el camino para la consolidación y eficacia en España de los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura.

Por otra parte, esta autonomía de la voluntad en todos el ámbito del Derecho de Familia se ha consolidado en los denominados negocios jurídicos de Derecho de familia y canalizado a través de diversos instrumentos: las capitulaciones matrimoniales para estipular, modificar o sustituir los otorgantes el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del matrimonio (artículo 1325 del Código Civil); el convenio regulador homologado judicialmente, mediante el que los cónyuges determinan, una vez, sobrevenida la crisis los efectos de la ruptura (artículo 90 del Código Civil)[4]; y, los pactos privados de separación de hecho, a los que una consolidada jurisprudencia atribuye la eficacia vinculante propia de los contratos[5]. A estos instrumentos hay que añadir los llamados acuerdos o pactos en previsión de ruptura celebrados por la pareja antes de contraer matrimonio con la finalidad de concretar las consecuencias de una futura o eventual ruptura. Estos pactos carecen de tradición en el derecho español, si bien se han ido introduciendo en nuestro ordenamiento por vía convencional[6]. Ello se traduce en una ausencia de régimen jurídico específico que, viene a ser suplido por una doctrina que, no sólo afirma su validez y eficacia, sino también se ha destacado la oportunidad que supone para los cónyuges el poder establecer por vía convencional y de forma anticipada los efectos de la ruptura, sin que haya faltado alguna resolución de nuestro Alto Tribunal en este sentido[7]. En todo caso, la separación o divorcio ha dejado de ser algo infrecuente y, además, proliferan nuevas formas de familia, las que se denomina familias reconstituidas que, optan para salvaguardar sus intereses y sobre la base de una experiencia previa a adoptar no sólo en capitulaciones matrimoniales *ad hoc*, adaptando el régimen económico matrimonial a las nuevas circunstancias, sino también y ahora por su novedad los pactos en previsión de ruptura. Pactos en que se prevén las conse-

cuencias de una hipotética y futura crisis familiar, excluyéndose aquellos en los que ya ha tenido lugar la crisis familiar, o los esposos son conscientes y conocen que se va a producir de manera inmediata[8]. Ciertamente, suscitan especial interés entre aquellos que ya han experimentado el fracaso de una relación matrimonial anterior y las cargas que se derivan de ella: pensión de alimentos a los hijos, pensión compensatoria al ex cónyuges, atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge custodio que, puede no ser el titular de la misma etc. En todo caso, estos pactos en previsión de ruptura posibilitan la adopción de acuerdos sobre las consecuencias que se van a derivar de la ruptura en un momento de estabilidad emocional y de confianza mutua; lo que contrasta con la elaboración del convenio regulador donde el fracaso y desgate personal y económico derivado de la crisis matrimonial hace más difícil la toma de decisiones[9].

La mayoría de los futuros cónyuges que suscriben estos pactos provienen de matrimonios anteriores fracasados y tiene hijos menores a su cargo, lo que justifica que, movidos por una cierta prudencia y por una visión realista de sus recursos, quieran prever anticipadamente las consecuencias negativas que para su económica podría tener una eventual ruptura con la nueva pareja; o lo que se conoce como "familia reconstituidas" donde existen hijos que no son comunes[10]. Junto a este tipo de pactos en previsión de ruptura están también los pactos prematrimoniales reguladores de cuestiones constante matrimonio tanto de índole matrimonial (relativas al régimen económico matrimonial) como de índole personal (relativo al régimen convivencial). Son pactos, por tanto, que han de surtir efectos durante la normalidad matrimonial. En este sentido, PAZ-ARES señala que, cada vez resultan más frecuentes este tipo de pactos, en cuanto posibilitan en el futuro contrayente una reflexión más o menos intensa sobre aspectos de la futura vida matrimonial en común, particularmente económicos, e, incluso, de forma más tímida sobre las consecuencias de los posibles avatares matrimoniales[11]. Y desde una perspectiva del análisis económico del Derecho, precisa AGUILAR RUIZ que "la fijación *ex ante* de las consecuencias económicas de un eventual divorcio de la pareja protegerá durante la vida del "negocio" (negocio jurídico, en este caso), las inversiones o aportaciones económicas realizadas por los cónyuges durante la convivencia marital, sean remuneradas o no, lo que redundará después en unos menores costes de litigación en el momento de la disolución del matrimonio por divorcio". Y añade esta autora, de forma acertada que "los pactos prematrimoniales son, un ejemplo, de la eterna tensión entre la autonomía de la voluntad de los cónyuges y el papel regulador, de fijación de límites por parte del Estado, sobre el concepto de matrimonio vigente en nuestro ordenamiento jurídico y, por ende, de la familia"[12].

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de abril de 1997[13], citada por la de 31 de marzo de 2011[14] pone de relieve que en las situaciones de crisis matrimoniales pueden coincidir tres tipos de acuerdos: "en primer lugar, el convenio en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mismo que prevé el artículo 90 del Código Civil"[15].

Por otra parte, como señala la doctrina más autorizada y la jurisprudencia en el examen de los pactos no puede perderse de vista el respeto a la propia libertad contractual, debiendo únicamente proscribirse aquellos que de forma más clara ataquen la igualdad de los cónyuges, pero no aquellos que solo muestren el ejercicio de aquella, sobre todo en materias de libre disposición, fundamentalmente, de naturaleza patrimonial, pues, se razona que si determinados pactos se permiten entre extraños, más aún debe permitirse entre casados, donde las relaciones de confianza suelen avalar la gestión ajena de negocios o la alteración de las reglas que el matrimonio considera inútiles e inapropiadas para sus relaciones. En general, puede entenderse que vulneran la igualdad aquellos pactos que sitúan a uno de los cónyuges en situación de inferioridad respecto del otro, acuñándose legalmente para diluir toda idea de supremacía o autoridad y correlativa sumisión o dependencia; todo ello, sin olvidar que la igualdad es un concepto relativo, en el sentido que para examinar su concurrencia, deberá partirse de un determinado matrimonio, en un momento histórico y una sociedad determinada[16].

En este contexto, el presente estudio se va a centrar en lo que representa el régimen jurídico y el contenido de los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura ante su creciente utilidad y adopción.

II. LA AUTONOMÍA PERSONAL E IGUALDAD DE LOS CÓNYUGES Y SUS LÍMITES

Un reconocimiento legal de la autonomía de los cónyuges para pactar cuestiones relativas a su matrimonio o a su ruptura, trasladable a las parejas de hecho, igualmente, ante su eventual ruptura, tiene su fundamento positivo en el artículo 1 de la Constitución Española en cuanto proclama la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, así como su base fundamental en el principio de libertad y libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 de la Constitución Española), en el principio de igualdad contenido en los artículos 14 y 32 de la Constitución Española[17]; y, en el principio de seguridad jurídica al que se refiere el artículo 9.3 de nuestra Carta Magna. También en el seno del Código Civil, el artículo 1323 permite a los cónyuges celebrar válidamente toda clase de contratos sin más límites que las leyes, la moral y el orden público, tal como prevé el artículo 1255[18]. De la misma forma, los cónyuges pueden pactar cualesquiera disposiciones por razón del matrimonio (artículo 1325 del Código Civil), teniendo las obligaciones derivadas de los mismos, plena fuerza vinculante entre los cónyuges según establece el artículo 1091 del Código Civil. A la vigencia del principio de libre autonomía de la voluntad hace referencia la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de octubre de 2015[19], que reproduce la doctrina sentada por las sentencias de este mismo Alto Tribunal de 24 de junio y de 17 de octubre de 2015[20] en cuanto proclama "el profundo cambio social y matrimonial que se viene experimentando (artículo 3.1 del Código Civil) la sociedad demanda un sistema menos encorsetado y con mayor margen de autonomía dentro del derecho de familia, compatible con la libertad de pacto entre cónyuges que proclama el artículo 1323 del Código Civil, a través del cual debe potenciarse la facultad de autorregulación de los cónyuges (artículo 1255 del Código Civil) que ya tiene una regulación expresa en lo que se

refiere a pactos prematrimoniales, previsores de la crisis conyugal, en el artículo 231-19 del Código Civil catalán y en el artículo 25 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo de la Comunidad Valenciana" (declarada inconstitucional la norma por la sentencia de Tribunal Constitucional 82/2016, de 28 de abril)[21].

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de mayo de 2022[22] señala que, el principio de autonomía de la voluntad consiste "en el poder que le corresponde a un sujeto de derecho para dictar reglas y dárselas a sí mismo, fijando el contenido de las relaciones personales y patrimoniales en las que voluntariamente participe. Se integra en ella la facultad para constituir, modificar y extinguir obligaciones contractuales. Comprende la posibilidad legítima de determinar el contenido de un pacto o convención fijando las cláusulas y condiciones que mejor se adaptan a los deseos o necesidades de las partes, así como la posibilidad de concretar contratos atípicos para satisfacer las más diversas necesidades individuales, o adherirse o no a las condiciones generales impuestas por el predisponente en la denominada contratación seriada o en masa. Desde la perspectiva expuesta, la autonomía de la voluntad es la médula del negocio jurídico en afortunada expresión utilizada en la materia. Abarca, igualmente, como es natural, la libertad de no comprometerse contractualmente. Nace de su vigencia el principio de *pacto sunt servarnda*, que obliga a respetar los pactos o compromisos válidamente asumidos. En la esfera del Derecho sucesorio, se manifiesta en el poder de ordenar la propia sucesión, bajo la regla imperante que la voluntad del testador es la ley suprema de la sucesión.

Pues bien, frente a reticencias iniciales no ofrece duda que, hoy en día, se encuentra perfectamente consagrado el principio de libre autonomía de la voluntad en el ámbito propio del derecho de familia, con plena vigencia en las relaciones horizontales entre los cónyuges, y bajo la limitación del principio de orden público del interés y beneficio de los menores en relaciones verticales con los hijos (sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de abril de 2011[23]; de 31 de enero de 2013[24]; de 28 de septiembre de 2016[25]; de 25 de abril de 2018[26]; y sentencias del Tribunal Constitucional, de 28 de septiembre de 2009; de 14 de septiembre de 2020; y, de 19 de abril de 2021, entre otras, que califican de tal forma el interés superior del menor).

En todo caso, no ofrece duda, como señala, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de febrero de 2002[27] en relación con los acuerdos en contemplación de situaciones de crisis matrimoniales que "en ejercicio de su autonomía privada (artículo 1255 del Código Civil) pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales. Estos acuerdos, auténticos negocios jurídicos de derecho de familia tienen carácter contractual, por lo que para su validez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general (artículo 1261 del Código Civil), además del cumplimiento de las formalidades especiales exigidas por la ley con carácter "ad solemnitatem" o ad sustantiam. Se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas". Asimismo, la sentencia del citado Alto Tribunal y Sala de 7 de noviembre de 2018[28] declara que "la autonomía de la voluntad de los cónyuges despliega su eficacia en muchas ocasiones a efectos de regular u ordenar situaciones de ruptura conyugal"; y, la sentencia del citado Tribunal Supremo, Sala de lo Civil,

21 de febrero de 2022[29] que "(…) encajan en el marco de los negocios jurídicos de familia, los pactos que los cónyuges celebren para autorregular sus relaciones horizontales, tanto personales como patrimoniales, con carácter vinculante para ellos; siendo, igualmente, válido pactar con respecto a las relaciones verticales con sus hijos; si bien, dicho acuerdos están condicionados, en su eficacia, a la vigencia del principio del interés y beneficio de los menores, concebido como auténtico principio de orden público o bien constitucional". En fin, operando sobre las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4ª, de 2 de noviembre de 2018[30] y de la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 8ª, de 13 de diciembre de 2018[31] consagración del principio de libre autonomía atribuye a la pareja facultades de autorregulación sobre las consecuencias jurídicas derivadas de la ruptura convivencial, bajo fórmulas de acuerdos prenupciales, en prevención de una futura e incierta fractura matrimonial; convenios reguladores para pactar las medidas definitivas derivadas de los procedimientos consensuados de separados y divorcio (artículo 90 del Código Civil), y acuerdos transacciones posteriores al convenio regulador, pero todos ellos sin llegar a ser aprobados judicialmente". Independientemente de tales acuerdos existen, como establece la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 22 de abril de 1997[32] los que consisten en el convenio regulador aprobado judicialmente.

En esta defensa al principio de autonomía de la voluntad AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ manifiesta que "deben afrontarse las relaciones entre cónyuges con una cierta perspectiva favorable al reconocimiento de una mayor libertad y respecto del ámbito de responsabilidad de los sujetos para permitir que puedan decidir sobre algo tan privado como sus relaciones personales y patrimoniales, ajustándose a sus necesidades concretas y reales, con la adecuada dispensa a la protección de terceros"[33]. O, como precisa, GARCIA MAYO esta ampliación de la autonomía de la voluntad "ha venido impulsada, entre otros factores, por la exclusión del concepto patriarcal de familia —la democratización de las relaciones familiares— y la instauración del divorcio libre —que no privado—. A tal impulso han contribuido, obviamente, diferentes hitos legislativos que, en principio, responden a los cambios sociales habidos en España democrática posconstitucional"[34]. Pues bien, en esta línea de evolución de la autonomía de la voluntad en el derecho de familia, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de mayo de 2022[35] señala que "(…) frente a las reticencias iniciales no ofrece duda que, hoy en día, se encuentra perfectamente consagrado el principio de libre autonomía de la voluntad en el ámbito propio del derecho de familia, con plena vigencia en las relaciones horizontales entre los cónyuge y bajo la limitación del principio de orden público del interés y beneficio de los menores en las relaciones verticales con los hijos (sentencias de esta Sala de 25 de abril de 2011; de 31 de enero de 2013; de 28 de septiembre de 2016; y de 25 de abril). (…) Por otra parte, los pactos amistosos o contratos de separación conyugal, inicialmente considerados inválidos por recaer sobre materias que se reputaban fuera del comercio de los hombres (artículo 1275 del Código Civil), por entenderlos contrarios a los límites de la autonomía de la voluntad contemplados en el artículo 1255 del Código Civil, por estimar ilícita su causa (artículo 1275 del Código Civil), o por la imposibilidad normativa de transigir sobre causas matrimoniales (artículo 1814 del Código Civil), fueron ulteriormente reputados como legítimos y eficaces por una progresiva jurisprudencia,

adaptada a las exigencias de una nueva realidad social en continua evolución, cuyas primeras manifestaciones podemos encontrar en las sentencias de 31 de enero de 1985[36]; de 22 de abril de 1997[37]; o 27 de enero de 1998[38], entre otras, que otorgaron eficacia a los pactos reguladores de la separación de hecho entre los cónyuges. En este panorama, de potenciación de la libertad y autonomía de los cónyuges, se consagra el término negocio jurídico de familia, para destacar que dicha categoría incluye también los pactos derivados de las relaciones familiares en la medida en que se admite la autonomía del individuo. Hasta el punto, ello es así que, ya la sentencia de esta Sala 414/1987, de 25 de junio, destacaba que "actualmente se reconoce un auténtico contractualismo en el ámbito del derecho de familia"".

Ahora bien, los límites a esta libertad de pactos entre los cónyuges son, por una parte, los nacidos de los principios constitucionales de igualdad de los cónyuges en el matrimonio (artículo 32.1 de la Constitución Española), protección integral de la familia y de los hijos con independencia de la filiación (artículo 39 de la Constitución Española) y el de seguridad jurídica ya mencionado; por otra, los límites derivados de la configuración del matrimonio, abarcando las normas imperativas referentes a los deberes entre cónyuges (artículos 67 a 71 del Código Civil); las que establecen la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges (artículo 66 del Código Civil); el sistema no causal de separación o divorcio (artículos 81 y 86 del Código Civil), o las causas de nulidad matrimonial (artículo 73 del Código Civil); las normas relativas al régimen económico matrimonial primario (artículos 1315 a 1324 del Código Civil); las normas que estructuran las masas patrimoniales y su afección respecto de terceros (artículo 1317 del Código Civil); las relativas a la constitución del matrimonio (artículos 44 a 60 del Código Civil), y, asimismo, los límites marcados por las normas imperativas relativas a las relaciona paterno-filiales tales como la irrenunciabilidad e indelegabilidad en un tercero de las funciones de la patria potestad o de la custodia de los hijos (artículos 159 y 169 del Código Civil); o de la irrenunciablidad e intransmisibilidad de los alimentos (artículo 151 del Código Civil). y, por último, los límites derivados del artículo 1255 del Código Civil —ley, moral y orden público-[39]; y los específicos del artículo 90 del Código Civil referido a los acuerdos que conforman el contenido mínimo del convenio regulador, esto es, que sean dañosos para los hijos o causen un perjuicio grave para uno de los cónyuges; y, el artículo 1328 del citado cuerpo legal que, sanciona la nulidad de cualquier pacto restrictivo de la igualdad de derechos que corresponde a casa cónyuge.

Ciertamente, estos límites a la autonomía privada de los futuros cónyuges representan una clara manifestación de lo que ROCA TRIAS denomina la constitucionalización del derecho de familia, al reconocer e implementar los derechos fundamentales en este ámbito[40]. Es por ello que, se habla de orden público familiar que, pese a su falta de definición, expresa el valor preferente de ciertas normas o principios dentro del ordenamiento jurídico frente a las normas que reconocen la autonomía de la voluntad. Se manifiesta en ocasiones negando margen a la actuación de la autonomía de la voluntad; y, en otras, imponiendo a ésta unos requisitos superiores para la formación del convenio[41].

Por lo que, la consagración del principio de autonomía de la voluntad atribuye a los cónyuges o parejas de hecho facultades de autorregulación sobre las consecuencias jurídicas derivadas de la ruptura convivencial, bajo formular de

acuerdos prenupciales o alcanzados durante la vigencia del matrimonio en prevención de una futura e incierta ruptura matrimonial; convenios reguladores para pactar las medidas definitivas derivadas de los procedimientos consensuados de separación y divorcio (artículos 90 del Código Civil) o transacciones ulteriores a las sentencias matrimoniales para reglar aspectos no previstos, todo ello con la finalidad de abandonar responsablemente la institución matrimonial. Y, asimismo, el principio de autonomía de la voluntad permite a los cónyuges decidir sobre cuestiones susceptibles de libre disposición entre las partes, como el régimen al que someterán sus relaciones personales y patrimoniales, configurándolas de la forma más conveniente o deseada para la satisfacción de sus intereses o dejar de pactar sobre tales extremos renunciando a sus facultades autorreguladoras, sometiéndose en tal caso al régimen jurídico familiar que establecen las leyes civiles[42].

Por otra parte, en relación a estos pactos hay que tener presente para su validez la igualdad de los cónyuges en su contenido. El artículo 1328 del Código Civil parte de la base de impedir cualquier forma de dependencia, sumisión personal o limitación de la propia capacidad. Asimismo, contempla una serie de límites que coincide con los que establece el artículo 1255 del Código Civil para cualquier negocio y de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge. La consecuencia de no respetar la igualdad de derecho será la nulidad de la estipulación capitular[43]. GETE-ALONSO Y CALERA señala al respeto que la igualdad habrá de ser considerada como principio que ha de presidir la interpretación de toda norma de derecho matrimonial, opere en la esfera personal, familiar o patrimonial[44].

En todo caso, como señalamos, la igualdad entre cónyuges en el ámbito de la autonomía de la voluntad y la autolimitación de derechos por parte de los cónyuges en el ámbito patrimonial se ha considerado posible en la doctrina, siempre que se respete el criterio de reciprocidad[45]. A esa reciprocidad se refiere el artículo 231-20.3 del Código Civil catalán al disponer que: *"3. Los pactos de exclusión o limitación de derechos deben tener carácter recíproco y precisar con claridad los derechos que limitan o a los que se renuncia"*. No obstante, PÉREZ HEREZA argumenta que la igualdad de derechos en el ámbito patrimonial no implica necesariamente reciprocidad de derecho, por lo que es posible una desigualdad siempre que no se prive a uno de los cónyuges de toda participación patrimonial en el haber común[46].

Ahora bien, en sede de liquidación del régimen económico matrimonial se ha discutido la posibilidad de acordar un reparto desigual; lo que, por una parte, podría vulnerar lo previsto en el artículo 1404 del Código Civil en sede de gananciales que impone un reparto por mitad; y, por otro, el artículo 1429 del citado cuerpo legal en sede de participación de bienes respecto a los límites de un reparto desigual señala que "debe regir por igual y en la misma proporción respecto de ambos patrimonio y en favor de ambos cónyuges". Señala acertadamente GARCÍA MAYO que "cabe pactar en relación con el reparto, pero siempre que se respete la igualdad a la que se refiere el propio artículo 1328 del Código Civil"[47]. Por su parte, HIJAS CID, aludiendo a PÉREZ HEREZA y GARRIDO PALMA, lo defiende: "1. A que el artículo 1404 del Código Civil no constituye una norma imperativa, sino susceptible de modificación por los cónyuges; 2. Que el principio constitucional de igualdad se refiere al plano personal y no al patrimonial, esto es, todas las personas son iguales, pero no todos los patrimonios son iguales; 3. Que acudiendo al caso que uno de los contrayentes tengan un alto nivel económico y el otro carezca

de ingresos, en este supuesto, nada impide pactar un régimen de separación de bienes y el cónyuge de peor condición económica nada recibiría, 4. Que, en sede de sociedad, cuyas normas podrían aplicarse analógicamente en algún caso, el artículo 1689 del Código Civil admite un pacto de distribución desigual de ganancias"[48].

En fin, aunque se ha avanzado en la igualdad entre cónyuges resalta GARCÍA RUBIO que "en la sociedad de nuestros días ese abuso de posición negociadora todavía puede ocurrir con cierta frecuencia concurriendo, además, un claro sesgo de género, pues no es desconocido que estadísticamente los hombres suelen tener una posición económica más holgada, lo que se traduciría, asimismo, en una posición negociadora más fuerte; las mujeres serán, usualmente, la parte más débil en el proceso negociador"[49].

III. CONCEPTO, NATURALEZA Y REGULACIÓN

1. Concepto y naturaleza

MORENO VELASCO los define como "los acuerdos de los cónyuges celebrados antes o después de contraer matrimonio y que tiene por objeto regular los efectos de una eventual crisis matrimonial"[50]. Por su parte, PAZ-ARES señala que "consisten en decisiones o acuerdos de los cónyuges adoptados antes o después de la celebración del matrimonio dirigidos a regular las consecuencias personales y económicas de una eventual y futura ruptura matrimonial"[51]. GONZÁLEZ DEL POZO los conceptúa como "negocios jurídicos de derecho de familia en virtud de los cuales, quienes tienen proyectado contraer matrimonio entre sí, regulan, total o parcialmente, las consecuencias o efectos, tanto personales como patrimoniales, que para ellos o los hijos que tuvieren derivan de la eventual ruptura o disolución de su futuro matrimonio, sea por separación o divorcio (o nulidad), sea por muerte de uno de ellos"[52]. Para GARCÍA MAYO son "los celebrados por los futuros contrayentes, antes de la celebración de su matrimonio, para regular aspectos jurídicos de su convivencia o las consecuencias de un eventual divorcio"[53].

Los pactos prematrimoniales son contratos, más concretamente, negocios jurídicos de Derecho de familia que, se caracterizan por ser condicionales ya que su eficacia queda supeditada a la efectiva celebración del matrimonio[54]. Si adoptan la forma de capitulaciones matrimoniales habrán de contraerse en el plazo de un año desde su firma, tal y como prevé el artículo 1324 del Código Civil. Asimismo, son preventivos ya que son pactos proyectados para una situación eventual o contingente, ya prevén los efectos de una crisis matrimonial futura que, puede llegar a no existir. Se trata de acuerdos *pro futuro* o de carácter prospectivo que se diferencian de los pactos celebrados por los convivientes de hecho que, sin estar casados, tratan de autorregular sus intereses en el seno de la pareja e, incluso, prevén las posibles consecuencias de la ruptura que son reconocidos en leyes autonómicas de pareja[55]. En el Código Civil catalán se incluyen como novedad los pactos en previsión del cese de la convivencia, con remisión a los límites establecidos para el matrimonio y una regulación del régimen de atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura. También, en la disposición adicional quinta se indica

que, los conflictos judiciales relativos a la ruptura de pareja estable, se tramitarán por las reglas de procedimiento matrimonial. En todo caso, GARCÍA MAYO considera que "se sitúan a caballo entre los negocios de intercambio y aquellos otros que vienen a crear una situación de cierta trascendencia general. Dependerá del contenido del pacto en sí" y añade "serán, en gran medida, de intercambio en tanto que se alcance se limite inmediatamente a las partes, en cuyo caso el criterio de la voluntad y de la libertad se armoniza o subordina al de la obligación de proceder de buena fe"[56]. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de diciembre de 1998[57] señala, al respecto, que "(…) al margen del convenio regulador, los cónyuges pueden establecer los pactos que estimen convenientes, siempre dentro de los límites de lo disponible, para completar o modificar lo establecido en el convenio aportado con la petición de separación o divorcio, ya se haga de forma simultánea, pero con referencia al convenio, a la suscrición de éste o posteriormente, haya sido aprobado o no el convenio judicialmente; tales acuerdos que, si bien no podrán hacerse valer frente a terceros, son vinculantes para las partes siempre que concurran en ellos los requisitos esenciales para su validez, al haber sido adoptados por los cónyuges en el libre ejercicio de su facultad de autorregulación de las relaciones derivadas de su separación matrimonial, y no concurriendo ninguna de las limitaciones que el principio de libertad de contratación establece el artículo 1255 del Código Civil"; asimismo, la sentencia de 31 de marzo de 2011[58] se refirió a la validez del contrato celebrado entre cónyuges en previsión de una posible ruptura, considerándolo como un contrato atípico, de acuerdo con la autonomía de la voluntad, siempre que reúna los requisitos exigidos para la validez de los contratos. Se pronunció sobre esta validez, apoyándose en otras resoluciones anteriores del Alto Tribunal en las que ya se había admitido la validez de los convenios que no han llegado a ser aprobados judicialmente o de los acuerdos privados de separación[59].

Es, perfectamente, posible que, en el ejercicio de la libertad contractual que proclama el artículo 1255 del Código Civil, disponer pactos sobre las consecuencias futuras de una ruptura matrimonial en materias que no sean de orden público y en consecuencia, indisponibles para las partes. La propia redacción del artículo 1325 del Código Civil que permite pactos sobre "cualesquiera otras disposiciones" por razón del matrimonio, autoriza a prever no solo cuanto afecte al régimen económico matrimonial, sino a otras cuestiones, sean patrimoniales, hereditaria o las derivadas de una eventual ruptura o crisis matrimonial". De ahí que, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de marzo de 2011 reconozca que "los pactos prematrimoniales, exponente de la libertad convencional consagrada en el artículo 1255 del Código Civil, en relación con los artículos 1315 y 1325 de dicho Texto Legal y la doctrina que configura el derecho de familia, han de considerarse válidos y eficaces en la medida que en ellos concurran los requisitos exigidos para la validez de los contratos (artículo 1261 del Código Civil y demás normas reguladoras del contrato)". Asimismo, la sentencia de este Alto Tribunal y Sala de 15 de febrero de 2002[60] en relación con los acuerdos en contemplación de situaciones de crisis matrimoniales afirma que "en ejercicio de su autonomía privada (artículo 1255 del Código Civil) pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas y patrimoniales. Estos acuerdos, auténticos negocios jurídicos de derecho de familia (sentencia de

22 de abril de 1997), tienen carácter contractual, por lo que para su validez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general (artículo 1261 del Código Civil), además del cumplimiento de las formalidades especiales exigidas por la ley con carácter "ad solemnitatem" o "ad sustantiam" para determinados actos de disposición. Se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, reconocida por la jurisprudencia y la doctrina registral[61]. De forma que, no se puede negar a los pactos pre-ruptura el carácter de negocio jurídico de familia[62]. En fin, recientemente, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de enero de 2022[63] no ha de ofrecer duda tampoco la validez de los negocios jurídicos de familia, en los que las partes pactan con carácter vinculante acuerde que entran dentro de sus esfera dispositiva, relativas a sus relaciones personales y patrimoniales, siempre que concurran los requisitos del artículo 1255 del Código Civil; es decir, que no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público y, por lo tanto, que no vulneren el interés superior de los hijos menores, pues, en tal caso, no serán vinculantes, o el principio constitucional de igualdad del artículo 14 de la Constitución española (artículos 90.2 y 1328 del Código Civil), siempre, además, que concurran los requisitos necesarios para la existencia de cualquier contrato, cuales son el consentimiento, el objeto y la causa (artículo 1261 del Código Civil).

En definitiva, en nuestro ordenamiento rige el principio general de libertad de las partes a la hora de establecer el régimen económico matrimonial, disponiendo en este sentido el artículo 1323 del Código Civil que "el marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos" y el artículo 1255 del mismo texto legal determina que "los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que estimen convenientes, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público" y los cónyuges, de acuerdo con estas disposiciones y jurisprudencia que las interpreta, tiene reconocida una amplia libertad para contratar e incluso modificar la naturaleza de los bienes que les pertenecen, bastando el mutuo acuerdo y conformidad para provocar que un concreto bien que, en todo o en parte pudiera ser ganancial o común, se desplace al patrimonio privativo de uno de los cónyuges y a la inversa.

2. Capitulaciones matrimoniales, convenio regulador y pactos en previsión de ruptura

Ahora bien, se diferencian de las capitulaciones matrimoniales expresamente regulados en los artículos 1325 a 1335 del Código Civil y sujetos a restrictivos criterios formales —escritura pública con inscripción del Registro Civil (artículos 1327 y 1333 del Código Civil)—. Se trata de un contrato entre cónyuges relativos a bienes, celebrado sobre el supuesto de la existencia de un patrimonio propio de cada cónyuge o sobre una economía común del matrimonio. MORALEJO IMBERNÓN las define como "un negocio jurídico típico de Derecho de familia por el que los cónyuges o los futuros cónyuges establecen las reglas por las que habrán de regirse sus relaciones económicas durante el matrimonio (*ad intra* y *ad extra*) y/o realizan o reciben atribuciones por razón de los mismos". Lo califica como negocio jurídico complejo, accesorio, oneroso o gratuito con conformidad con el contenido de cada uno, bilateral, personalísimo y formal, supeditado a la celebra-

ción del matrimonio[64]. Por su parte, DIEZ-PICAZO considera las capitulaciones matrimoniales como un negocio jurídico de derecho de familia[65]. En fin, DE CASTRO Y BRAVO sitúa las capitulaciones matrimoniales entre aquellos negocios en los que "la atribución patrimonial, aunque exista, ha pasado a un segundo plano, dada su directa finalidad organizadora o constitutiva". En esencia, para el autor, como atribuciones patrimoniales tiene su propia y especial causa, aunque la misma queda fuera de la clasificación contemplada en el artículo 1274 del Código Civil[66]. La sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1ª, de 24 de noviembre de 2022[67] las define como "un contrato entre cónyuges relativo a bienes celebrado sobre el supuesto de la existencia de un patrimonio propio de cada cónyuge o sobre una economía común del matrimonio".

El contenido de los capítulos incluye la regulación total o parcial de esa economía. El matrimonio constituye la base del negocio jurídico de capitulaciones, pero no es su causa en sentido técnico. Y ello porque los negocios de derecho de familia tienen unas peculiaridades que no permiten utilizar el concepto general de causa en el sentido del artículo 1361 del Código Civil, aunque las capitulaciones deben considerarse contratos, como lo demuestra el artículo 1335 del Código Civil. El principal pacto capitular lo constituye *ex* artículo 1325 del citado cuerpo legal, la estipulación, modificación o sustitución del régimen económico matrimonial. La modificación o sustitución del régimen es el objeto y la causa de las capitulaciones matrimoniales, por lo que, si falta, de acuerdo con el artículo 1325 del Código Civil, faltará a su vez el objeto y la causa de los capítulos. La doctrina ha discutido si este pacto tiene naturaleza onerosa o gratuita, lo que se plantea más directamente cuando la modificación se produce constante matrimonio. La conclusión más general es la que entiende que los capítulos no tienen abstractamente naturaleza onerosa o naturaleza gratuita, sino que, dado el contenido complejo de las mismas, habrá que estar a la naturaleza propia de cada pacto, por lo que no puede aplicarse la distinción a las determinaciones normativas que regulan el establecimiento, la modificación o la sustitución del régimen económico matrimonial. Estas capitulaciones matrimoniales nacen de la libertad de los futuros contrayentes para pactar sobre la economía del matrimonio lo que a su derecho convenga fruto de la autonomía de la voluntad de las partes[68]. En todo caso, los pactos prematrimoniales, en ocasiones, tiene la denominación de capitulaciones, si bien sujetos a los restrictivos criterios formales de escritura pública e inscripción posterior (artículos 1327 y 1333 del Código Civil).

También de los acuerdos de separación y divorcio que tienen la forma de convenio regulador, pues, se da cauce a la autonomía privada una vez surgida la crisis (artículos 90, 91 y 97 del Código Civil). Es, por ello, por el que LÓPEZ BURNIOL califica el convenio regulador de negocio jurídico de familia en tanto que estamos ante un acto de la autonomía privada y la declaración de voluntad determina y modela el contenido de sus efectos jurídicos[69].

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de abril de 1997[70] tiene por objeto, como cuestión jurídica esencial, la naturaleza de convenio regulador en las situaciones de crisis matrimonial, contemplado y previsto su contenido mínimo en el artículo 90 del Código Civil, que no ha obtenido la aprobación judicial. En principio, según la citada resolución, debe ser considerado como negocio jurídico de derecho de familia, expresión del principio de

autonomía privada que, como tal convenio regulador, requiere de aprobación judicial, como *conditio iuris*, determinante de su eficacia jurídica. Por tanto, precisa que cuando es aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva, pero, si no hubiese llegado a ser aprobado judicialmente, no es ineficaz, sino que tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico. A lo que, añade que: "Deben por ello, distinguirse tres supuestos: en primer lugar, el convenio, en principio y, en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el artículo 90 del Código Civil"[71]. Las sentencias de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 25 de junio de 1987[72] declara expresamente que se atribuye trascendencia normativa a los pactos de regulación de las relaciones económicas entre los cónyuges, para los tiempos posteriores a la separación matrimonial; y de 26 de enero de 1993[73] dispone que, la aprobación judicial del convenio regulador no despoja a este del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación del modo de autorregulación de sus intereses querido por las partes. Reitera esta doctrina la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de diciembre de 1998[74] que reconoce que en aquellas cuestiones afectadas por la separación o el divorcio que no sean indisponibles, como son las económicas o patrimoniales entre los cónyuges, los convenios que se establezcan tienen un carácter contractualista por lo que en ellos han de concurrir los requisitos que, con carácter general, establece el Código Civil para toda clase de contratos en el artículo 1261, siendo la aprobación judicial que establece el artículo 90 del Código Civil un requisito o *conditio iuris* de eficacia del convenio regulador, no de su validez y atributiva de fuerza ejecutiva al quedar integrado en la sentencia[75].

En esencia, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de marzo de 2011[76] indica que, los cónyuges puedan pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia del divorcio o la separación; y, las sentencias de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 4 de noviembre de 2011[77]; de 20 de abril de 2012[78] y, de 21 de febrero de 2022[79] el convenio es, por tanto, un negocio de derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los afectados, puede contener tantos pactos típicos como atípicos.

Ahora bien, aunque existen diferencias los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura se acerca más al convenio regulador que a las capitulaciones matrimoniales, pues, estas últimas se orientan más a organizar la convivencia y el régimen económico del matrimonio, mientras que aquellos se centran en las medidas personales y patrimoniales que ha de pactarse tras la crisis matrimonial. Es, por ello, que el contenido de un convenio suele formar parte de un pacto de ruptura[80]. De ahí que, como precisa GARCIA MAYO puede considerarse *a priori* que el pacto pre-ruptura "es una especie de pre-convenio pero con un contenido aleatorio, pues, no se sabe si, finalmente, habrá ruptura"[81].

Por su parte, los convenios reguladores deben observar el contenido mínimo del artículo 90.1 del Código Civil; en el caso de pactos prematrimoniales pueden

tener dicho contenido o ampliarlo (con medidas no sólo para prever las consecuencias de la crisis familiar, sino también medidas relativas a preservar la estabilidad familiar).

De todas formas, los pactos prematrimoniales se acuerdan antes de la crisis matrimonial, no como el convenio regulador que tiene lugar *a posteriori*, coincidiendo en esto con las capitulaciones matrimoniales —que se puede acordar *antes* como *post* matrimonio— y, tales pactos se pueden contener en capitulaciones matrimoniales; si bien, sujetas a restrictivos criterios formales, al debe formalizarse en escritura pública con inscripción posterior (artículo 1327 y 1333 del Código Civil). En todo caso, el amplio contenido de los pactos prematrimoniales y su naturaleza preventiva (acuerdo *ex ante* del matrimonio) lo acerca más a las capitulaciones matrimoniales. El artículo 1325 del Código Civil precisamente establece que "en capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismos" —entendiéndose mismos como matrimonio-[82].

Lo que va en la línea de las legislaciones autonómicas. Así el artículo 231-19.1 *in fine* del Código Civil catalán dispone que en capitulaciones matrimoniales se puede, además de determinar el régimen económico matrimonial *"establecer las estipulaciones y los pactos lícitos que se consideran convenientes, incluso en revisión de una ruptura matrimonial"*. Asimismo, la Ley 80.7 de la Compilación de Derecho Civil foral de Navarra señala que *"las capitulaciones matrimoniales podrán establecer libremente cualquier régimen de bienes de la familia y ordenar: (…) Cualesquiera otras disposiciones por razón del matrimonio"*; y, el artículo 195.1 del Código Foral Aragonés establece que "los capítulos matrimoniales podrán contener cualesquiera estipulaciones relativas al régimen familiar y sucesorio de los contrayentes y de quienes con ellos concurran al otorgamiento, sin más límites, que los del principio *standum est chartae*". En todo caso, como precisa GARCÍA MAYO "no existen, por tanto, razones que lleven a entender que el contenido de la capitulación haya ser exclusivamente de tipo patrimonial: puede ser de tipo personal y más concretamente, referido a la hipotética crisis familiar"[83].

En este contexto, la capitulación matrimonial debe mantener su esencia; en consecuencia, además de estipulaciones capitulares —estatutarias o no— que forma su contenido típico, pueden contener pactos en previsión de ruptura. De ahí que, la sentencia de 31 de marzo de 2011[84] con ocasión de un pacto celebrado entre cónyuges que ponían fin a una situación de separación de los cónyuges y preveía, a su vez, las consecuencias de una nueva crisis, lo consideró como un contrato atípico, de acuerdo con la autonomía de la voluntad, siempre que reúna los requisitos exigidos para la validez de los contratos, es decir, se cumpla con lo establecido en el artículo 1261 del Código Civil, además de las normas reguladoras de los contratos.

Por otra parte, también pueden tratarse de simples acuerdos privados celebrados por los esposos una vez surgida la crisis matrimonial —que, igualmente se distinguen de los pactos prematrimoniales, básicamente por el señalado elemento temporal— que no se han presentado en el correspondiente proceso matrimonial de mutuo acuerdo y, en consecuencia, no han sido homologados o aprobados judicialmente, o ratificados por uno de los cónyuges en el procedimiento judicial de divorcio, y que una consolidada doctrina jurisprudencial los

entiende válidos como negocios jurídicos de derecho de familia; pues, si bien considera tal homologación "*conditio iuris*" de eficacia del convenio regulador del artículo 90 del Código Civil; en absoluto, desconoce la eficacia del que no haya sido objeto de aprobación judicial en tanto que negocio jurídico válidos concertado según el principio de autonomía de la voluntad que proclama el artículo 1255 del Código Civil[85].

En este contexto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de diciembre de 1998[86] afirma que "como tiene reconocido esta Sala, la Ley de 7 de julio de 1981 ha supuesto un amplio reconocimiento de la autonomía privada de los cónyuges para regular los efectos de la separación y el divorcio con la limitación que resulta de lo indisponible de algunas de las cuestiones afectadas por la separación o el divorcio, cuestiones entre las que no se encuentran las económicas o patrimoniales entre los cónyuges; los convenios así establecidos tienen un carácter contractualista por lo que en ellos han de concurrir los requisitos que, con carácter general, establece el Código Civil para todo clase de contratos en el artículo 1261, siendo la aprobación judicial que establece el artículo 90 del Código un requisito o "*conditio iuris*" de eficacia del convenio regulador, no de su validez, y atributiva de fuerza ejecutiva al quedar integrado en la sentencia. Ahora bien, ello no impide que al margen del convenio regulador, los cónyuges establezcan pactos que estimen convenientes, siempre dentro de los límites de lo disponible, para completar o modificar lo establecido en el convenio aportado con la petición de separación o divorcio, ya se haga en forma simultánea, pero con referencia al convenio, a la suscripción de éste, o posteriormente, haya sido aprobado o no el convenio judicialmente; tales acuerdos que, si bien no podrán hacerse valer frente a terceros, son vinculantes para las partes siempre que concurran en ellos los requisitos esenciales para su validez, al haber sido adoptados por los cónyuges en el libre ejercicio de su facultad de autorregulación de las relaciones derivadas de su separación matrimonial, y no concurriendo ninguna de las limitaciones que al principio de libertad de contratación establece el artículo 1255 del Código Civil, pues, como dice la sentencia de 22 de abril de 1997[87] "no hay obstáculo para su validez como negocio jurídico en el que concurrió el consentimiento, objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez. No lo hay tampoco para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico"". Asimismo, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 15 de febrero de 2002[88] señala que "esta Sala comparte la apreciación finalista del documento de 15 de diciembre de 1987 efectuada por la sentencia recurrida, en el sentido que el mismo no se generó como propuesta de convenio regulador para presentar en proceso matrimonial, ni quedó supeditado o condicionado en su eficacia a la homologación judicial; y asimismo, comparte la doctrina que recoge en relación con dichos acuerdos, pues, los cónyuges, en contemplación de las situaciones de crisis matrimonial (separación o divorcio), en ejercicio de su autonomía privada (artículo 1255 del Código Civil) pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas y patrimoniales. Estos acuerdos, auténticos negocios jurídicos de derecho de familia tienen carácter contractual, por lo que para su validez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por

la ley con carácter general (artículo 1261 del Código Civil), además del cumplimiento de las formalidades especiales exigidas por la ley con carácter "*ad solemnitatem*" o "*ad sustantiam*" para determinados actos de disposición. Se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, reconocida por la jurisprudencia y la doctrina registral que, no está condicionada en su validez y fuerza vinculante *inter partes* a la aprobación y homologación judicial. Por otro lado, y además de ello, la sentencia de 22 de abril de 1997[89] distingue entre los convenios con y sin homologación judicial y, si bien, considera tal homologación "*conditio iuris*" de eficacia del convenio regulador del artículo 90 del Código Civil; en absoluto, desconoce la eficacia del que no haya sido objeto de aprobación judicial en tanto que negocio jurídico válido concertado según el principio de autonomía de la voluntad que proclama el artículo 1255. Y en cuanto a la otra sentencia citada —25 de junio de 1987[90]— aparte de que admite la posibilidad de verificación judicial en cualquier tipo de procedimiento, y de que supuso un importantísimo avance en el reconocimiento de los acuerdos privados entre cónyuges en cuanto a materias sujetas a su disponibilidad jurídica"[91]. Asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de noviembre de 2018[92] no se puede negar su naturaleza de negocio jurídico familiar válido y eficaz, como expresión del principio de autonomía de la voluntad, salvo que la parte que lo suscribió, pero no lo ratificó, prueba en el proceso contencioso algún vicio del consentimiento del artículo 1265 del Código Civil o alguna modificación sustancial de las circunstancias que determinaron el inicial consenso. Aunque algún tribunal ha criticado que se predique con automatismo idéntica eficacia vinculante, cuando el convenio de vincula desde su inicio a una petición consensual de separación o divorcio, que resulta finalmente frustrada por no ser ratificado el convenio, cuando este se ratifica. Si es así fuese, se dice que sería intrascendente, salvo en sus consecuencias procesales, la ratificación o no del convenio, pues el mismo vincularía la decisión judicial en ulterior procedimiento contencioso; de 31 de enero de 2022[93] declara que "en efecto, no ha de ofrecer duda tampoco la validez de los negocios jurídicos de familia, en los que las partes pactan con carácter vinculante, acuerdos que entran dentro de su esfera dispositiva, relativos a sus relaciones personales y patrimoniales, siempre que concurran los requisitos del artículo 1255 del Código Civil; es decir, no sea contrarios a las leyes, a la moral y al orden público, y, por lo tanto, que no vulneren el interés superior de los menores pues, en tal caso no serían vinculantes o el principio constitucional de igualdad del artículo 14 de la Constitución española (artículo 90.2 del Código Civil y 1328 del Código Civil), siempre, además, que concurran los requisitos necesarios para la existencia de cualquier contrato, cuales son el consentimiento, objeto y causa (artículos 1261 del Código Civil)"; de 21 de febrero de 2022[94] indica, al respeto, que no ha de ofrecer duda que "(…) encajan en el marco de los negocios jurídicos de familia, los pactos que los cónyuges celebren para autorregular sus relaciones horizontales, tanto personales como patrimoniales, con carácter vinculante para ellos; siendo, igualmente, válido pactar con respecto a las relaciones verticales con sus hijos; si bien, dichos acuerdos están condicionados, en su eficacia, a la vigencia del principio del interés y beneficio de los menores, concebido como un auténtico principio de orden público o bien constitucional"; y, de 30 de mayo de 2022

destaca que "estas facultades de autorregulación, de determinar el contenido de una relación convencional, fijando sus cláusulas y condiciones, no son ajenas al Derecho de Familia"[95].

Como destaca GARCÍA RUBIO estos acuerdos prematrimoniales o en previsión de ruptura permiten a las partes iniciar su relación familiar y matrimonial de manera más realista, anticipando sus contingencias y planeándolas, con lo que facilita una decisión más consciente de casarse o de no hacerlo. Abren a las partes la posibilidad de regular su relación matrimonial y posmatrimonial de acuerdo con sus mutuas aspiraciones, intereses y valores, de suerte que les permite ponderar todos ellos para adaptarlos a su particular situación de manera más singularizada de lo que puede hacerlo la ley. Es, por ello, que las partes regulan su relación matrimonial o su eventual crisis de forma más ajustada a su especial realidad y representa un instrumento adecuado para las familias reconstituidas[96]. Lo cierto es que, estos pactos prematrimoniales constatan el difícil equilibrio entre lo imperativo y lo dispositivo en una institución matrimonial, esto es, el equilibrio entre el matrimonio como institución y el matrimonio como acuerdo. Por esto, señala REBOLLEDO VARELA que, en la actualidad puede constatarse una cierta demanda social de estos pactos previos, lo que obliga a superar el modelo heterorregulador de las instituciones familiares, basado en un Derecho imperativo donde la voluntad de los cónyuges está limitada a prestar su consentimiento en una institución definida legalmente, y la tendencia a admitir con amplitud el principio de autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia que "ha evolucionado desde una estricta consideración de las relaciones económicas entre los cónyuges enmarcadas en el régimen económico matrimonial de libre elección hasta los aspectos más completos de las relaciones personales y en vertientes antes totalmente excluidas de todo pacto"[97].

Frente a quienes ven efectos positivos en la adopción de tales pactos están, asimismo, aquéllos que se muestran contrarios a estos acuerdos, poniendo para ello el acento en la desigualdad económica, e incluso psicológica de que pueden partir las partes a la hora de celebrar tales acuerdos prematrimoniales. El caso de hombre de fortuna y la mujer que renuncia a sus derechos económicos.

3. Tratamiento normativo de los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura

Existe una falta de regulación expresa en el Código Civil con relación a este tipo de negocios familiares —pactos prematrimoniales—, cuyo fundamento se encuentra en el principio de autonomía de la voluntad (artículo 1255 del Código Civil) y de la plena libertad de los cónyuges para contratar entre sí (artículo 1323 del Código Civil), así como para adoptar cualquier decisión por razón de su matrimonio (artículo 1325 del Código Civil). Son de aplicación en esta sede, las normas reguladoras de aquellos otros negocios jurídicos de familia con los que guardan especial semejanza por razón de la materia; también las normas generales de los contratos. De modo que, si se admiten su validez por ser contrarios a la ley, a la moral y al orden público (artículo 1255 del Código Civil), sólo podrán invalidarse por falta de capacidad o vicios del consentimiento, o, en su caso, por defecto de forma (artículo 1279 del Código Civil). Y siendo acuerdos

válidos, su ineficacia puede justificarse por aplicación de la doctrina de la alteración sobrevenida de las bases del convenio suscrito entre cónyuges (cláusula *rebus sic stantibus*).

Esta falta de regulación en el ordenamiento civil común contrasta, sin embargo, con la previsión normativa contenida en un primer momento en el artículo 15.1 de la Ley 9/1998, de 15 de julio del Código de Familia de Cataluña y tras su derogación, de forma más completa y precisa en la vigente regulación contenida en el Código Civil catalán en cuyo artículo 231-20 admite expresamente los pactos en previsión de ruptura, en el que se establecen los requisitos específicos determinantes de su validez y eficacia, y señala que a estos pactos le será aplicable el artículo 231-10[98], siendo uno de los contenidos posibles de los capítulos matrimoniales (artículo 231-19.1), pero admite que puedan constituir el objeto de una escritura pública no capitular (artículo 231-20.1). además de la licitud del objeto (artículo 231-19.1 en relación con los artículos 232-7,233-5, 233-16 y 233-21.3) y de su forma pública constitutiva (artículo 231-20.1) el Código Civil catalán exige una serie de requisitos específicos para su validez, que deben concurrir en el momento del otorgamiento, en la medida que todos ellos están relacionados directa o indirectamente, con la correcta formación del consentimiento negocial de los otorgantes a fin de garantizar que este sea libre, voluntario y suficientemente informado. Estos requisitos se hayan referidos: a) Al tiempo de su otorgamiento en relación con el de celebración del correspondiente matrimonio (artículo 231-20.1); b) El cumplimiento de ciertos deberes de asesoramiento imparcial del notario autorizante para con los otorgantes (artículo 231-20.2); y c) A la reciprocidad y a la claridad de aquellos pactos que comporten la exclusión o la limitación de derechos (artículo 231-20.3). Por otro lado, el Código Civil catalán impone también una carga que debe cumplirse y prevé una condición que ha de concurrir, en ambos casos, para la eficacia de dichos pactos en el momento en que uno de los otorgantes pretenda hacerlos valer frente al otro —por tanto, una vez producida la ruptura de la convivencia—. Tal sucede con: a) La carga de acreditar que la otra parte disponía, en el momento de firmarlo, de información suficiente sobre su patrimonio, ingresos y sus expectativas económicas siempre y cuando esta información sea relevante con relación al contenido del pacto que se trate (artículo 231-20.4); y b) Que los pactos que se trate no sean gravemente perjudiciales para el otro cónyuge a causa de circunstancias sobrevenidas que sean relevantes y que no se previeron ni podía razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron (artículo 231-20.5). el cumplimiento del deber de información que se regula en el artículo 231-20.4 no constituye propiamente, un requisito formal de validez, sin perjuicio de los efectos que su incumplimiento pudiera tener sobre la correcta formación del consentimiento necesario, este sí, para su validez. En cambio, la carga de probar dicho cumplimiento o, alternativamente, que el otorgante frente al que se invoca el pacto disponía por cualquier otro medio de dicha información al tiempo de su otorgamiento, sí constituye un presupuesto de su eficacia vinculante (artículo 233-5.1), con independencia que el notario autorizante hubiera cumplido adecuadamente su deber de asesoramiento (artículo 231-20.2). Asimismo, se remarca su carácter vinculante, pero previendo un plazo de revocación con el que se pretende garantizar, que los acuerdos hayan sido adoptados libremente. Concretamente, el cónyuge que en

el momento de la adopción del acuerdo no haya dispuesto de asistencia letrada independiente, puede dejarlo sin efecto durante los tres meses siguientes a la adopción, o como máximo, hasta el momento de la contestación de la demanda, en su caso, de la reconvención en el proceso matrimonial en que se pretendan hacerlo valer. Esta posibilidad se justifica por el contexto especial en que las partes suscriben estos acuerdos. A menudo, existen graves desequilibrios en la información disponible para una parte, y para la otra, y se llega a los acuerdos en situaciones de angustia o estrés que hacen difícil realizar una valoración objetiva de los términos convenidos, y en los que existe, asimismo, un riesgo elevado de explotación o abuso de un parte por la otra.

También contempla la posibilidad de realizar pactos en previsión de una ruptura matrimonial la Ley 7/2015, de 30 de junio del País Vasco de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores en su artículo 4 que se refiere a los "Pactos en previsión de ruptura de la convivencia". El legislador valenciano, asimismo, operó en esta línea mediante una previsión normativa de tales pactos; aunque lo cierto es que, se limita a reconocer en el artículo 25 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo del régimen económico valenciano la posibilidad que, tiene los cónyuges de establecer pactos prematrimoniales sin más límites que los que determina dicha disposición legal, lo que resulte de las buenas costumbres y lo que imponga la absoluta igualdad de derechos y obligaciones entre los consortes dentro de su matrimonio, hasta la declaración de inconstitucionalidad de la norma por la citada sentencia del Tribunal Constitucional 82/2016, de 28 de abril[99]. Asimismo, la Ley 1/1973, de 1 de marzo por la que se aprueba la Compilación de Derecho civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo de Navarra en su Ley 80.7 se refiere a los acuerdos prematrimoniales como contenido propio de las capitulaciones matrimoniales cuando alude a "cualesquiera otras disposiciones por razón del matrimonio"[100]. Por su parte, admite tácitamente la posibilidad de los acuerdos prematrimoniales los artículos 195 y 197.2 y 3 del Código de Derecho Foral de Aragón, al hacer referencia a la posibilidad de regular las relaciones familiares en capítulos matrimoniales, así como la celebración de cualquier tipo de contratos con el límite del principio *standum est chartae*[101]. Por el contrario, la Ley 2/2006, de 14 de junio del Derecho Civil de Galicia no hace mención alguna a los acuerdos prematrimoniales, salvo la referencia en el artículo 172 de la posibilidad de pactar en capitulaciones la liquidación de la sociedad de gananciales y las bases para realizarla[102].

Fuera del ámbito normativo nacional y, como antecedentes jurídicos de estos pactos tiene lugar en los países adscritos al sistema del *Common Law*, muy especialmente, en EEUU. En un primer momento, estos pactos se consideraban contrarios al orden público al entender que favorecía la ruptura matrimonial frente a la concepción de matrimonio indisoluble, permanente y duradero, hasta que, el Tribunal Supremo de Florida en sentencia de 8 de marzo de 1972 caso *Posner v. Posner*, admite por primera vez un pacto prematrimonial. Al respecto, considera libre e informado el consentimiento de los cónyuges que dispusieron, en el momento de celebración del matrimonio de información suficiente sobre el patrimonio de otro contrayente. La decisión se apoya en la sentencia del asunto *Vechio v.Vechio* de 1962 que, también consideró válido un acuerdo prematrimonial, aunque no en previsión de ruptura, sino de fallecimiento. Tras estos antece-

dentes jurisprudenciales, en el año 1983 la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* aprueba la *Uniform Premarital Agreement Act* (en adelante, UPAA), a través de la cual con vocación armonizadora, propone a los distintos Estados una serie de normas generales para su incorporación en sus respectivas legislaciones. Si bien, ni es un texto normativo, ni una simple propuesta. Se regula los pactos prematrimoniales con eficacia durante el matrimonio o al finalizar este, como consecuencia del divorcio o del fallecimiento de uno de los cónyuges. Quedan excluidos los acuerdos concentrados durante el matrimonio, así como los pactos convivenciales[103]. En todo caso, su eficacia vinculante depende que no atenten al orden público, ni afecte a los alimentos de los hijos menores. Posteriormente, el *American Law Institute* publicó en 2002 los *Principles of the Law of Family dissolution* (en adelante, PFD) referidos tanto a los acuerdos prematrimoniales como los matrimoniales, sin tener valor normativo. Más actual es la Ley Uniforme *Premarital and Marital Agreements Act* del años 2012 (en adelante, UPMAA) que propone un tratamiento jurídico unitario tanto para los acuerdos prematrimoniales como los matrimoniales en la sección 2, y aceptados solo por dos Estados. CERVILLA GARZÓN indica que, este Acta de 2012 es producto de la evolución jurisprudencial y destaca como reglas importantes contenidas en la misma: "a. Los acuerdos son contratos formales, en los que la observación del requisito formal es esencial para que proceda su eficacia, pues, carecen de ella los que se emiten oralmente; (…) b. Como cualquier contrato, el consentimiento emitido debe ser libre, sin que exista coacción que elimine o afecte a su voluntariedad; (…) c. El consentimiento debe ser informado, lo que se consigue con la intervención de un tercero que lleve a cabo un asesoramiento legal independiente sobre el alcance jurídico del contenido del pacto; (…) d. Reproduciendo el contenido del Acta de 1983, se establece en la propuesta de Ley uniforme de 2012 la necesidad de que las partes que deben expresar su consentimiento contractual, cuando así proceda, dispongan de un conocimiento sobre la situación financiera de la otra parte contratante, que le permita determinar el alcance patrimonial de lo acordado; (…) e. Se incluye una norma idéntica a la que figuraba en el Acta de 1983, relativa a la limitación de la renuncia de derechos que, sitúa al renunciante en una situación tal que le convierte en beneficiario de una prestación o subsidio a costa del Estado; f. Finalmente y siguiendo los principios, a la normativa de algunos Estados, así como a la jurisprudencia (….) se consagra en el texto la posibilidad que los Tribunales declaren ineficaz un acuerdo que, aunque nacido válido, no pueda ser considerado como tal, pues al momento de aplicarse se observa una injusticia sustancial debido al cambio de circunstancias"[104].

En el Derecho inglés, la *Matrimonial Causes Act* de 1973 (en adelante, MCA) en su sección 34 establece la posibilidad que, los cónyuges puedan adoptar, por un lado, un acuerdo prematrimonial ante del matrimonio con carácter vinculante en el que se regulen las consecuencias económicas de su eventual crisis matrimonial; y, por otro lado, acuerdos postmatrimoniales y previos a la ruptura cuya admisión era preceptiva para los tribunales. En todo caso, a partir del caso *Radmacher v. Granatino* del año 2010 cuando se equiparan los acuerdos prematrimoniales a los postmatrimoniales, reconociendo a ambos naturaleza contractual y eficacia vinculante[105].

En fin, en febrero de 2014 la *Law Commission* publica su informe final, *Matrimonial Property, Needs and Agreements* que contiene nueve capítulos. Como destaca RODRÍGUEZ GUITIÁN "la *Law Commission* recomienda que se permita a las parejas tanto unidas en matrimonio como a las que constituyen una civil *partnership*, celebrar acuerdos prematrimoniales y posnupciales legalmente vinculante acerca del reparto de su patrimonio en caso de divorcio, disolución o separación, siempre que reúnan determinadas condiciones". Asimismo, añade la autora "se aconseja que de dicte una ley para introducir los *qualifying nuptial agreements*, considerándolos como una nueva forma de contrato que permitiría a las parejas celebrar acuerdos vinculantes sobre los efectos patrimoniales de la ruptura de su relación"[106].

IV. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS PACTOS PREMATRIMONIALES O EN PREVISIÓN DE RUPTURA

1. Sujetos. Cónyuges y parejas de hecho

Existe unanimidad en la doctrina y jurisprudencia en la que se niega la analogía entre el matrimonio y las parejas de hecho y, asimismo, que se puedan equiparar en efectos. Efectivamente, se ha reforzado desde el Tribunal Constitucional que no cabe aplicar por analogía *legis* las normas del matrimonio a supuestos de ruptura de la convivencia *more uxorio* o unión de hecho, pero no descarta que puede recurrir, en defecto de pacto, a principios generales, como el de enriquecimiento injusto[107].

De todas formas, es habitual que, en diferentes leyes autonómicas de pareja de hecho se otorgue libertad a los convivientes para regular a través de pactos, sus relaciones personales y patrimoniales no sólo durante la convivencia, sino también en previsión de un hipotético cese de la convivencia. Así el artículo 234-5 del Código Civil catalán establece que *"en previsión de cese de la convivencia, los convivientes pueden pactar en escritura pública los efectos de la extinción de la pareja estable"*, siendo de aplicación también lo dispuesto en el artículo 231-20 en sede matrimonial.

En el caso de la Comunidad de Madrid, la Ley 11/2001, de 19 de diciembre de Uniones de hecho establece en su artículo 4 apartado primero que *"los miembros de la unión de hecho podrán establecer válidamente en escritura pública los pactos que consideren convenientes para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su cese"*. En Aragón, el artículo 307 del Código Foral aragonés contempla la posibilidad que la convivencia de la pareja y los derechos y obligaciones correspondientes puedan regularse en sus aspectos personales y patrimoniales mediante convenio contenido en escritura pública, siempre que *"no perjudiquen lo derechos y dignidad de cualquiera de los otorgantes y no sean contrarios a normas imperativas aplicables en Aragón"*. Además dispone el citado precepto que *"no podrá pactarse la constitución de una pareja estable no casada con carácter temporal ni someterse a condición"*. En fin, el artículo 308 del citado cuerpo legal contempla el supuesto que el pacto que acuerde la pareja de hecho adquiere el valor de capitulación matrimonial: *"si así lo hubieran acordado en la escritura,*

el régimen de convivencia y de derechos y obligaciones de la pareja estable no casada adquirirá el valor de capitulaciones matrimoniales, en el caso que los miembros de la pareja contrajeran matrimonio". En esta línea, se pronuncia el artículo 5.2 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho del País Vasco al disponer: *"No podrá pactarse la constitución de una pareja de hecho con carácter temporal ni someterse a condición. Las Administraciones Públicas no inscribirán en el registro los pactos que atentan contra los derechos fundamentales y las libertades públicas de cualquiera de sus miembros"*.

En este contexto normativo, nuestra doctrina y Tribunal Supremo admite que la pareja de hecho pueda pactar sobre relaciones patrimoniales[108]. Así las sentencias de 26 de enero de 2006[109] señala que "es posible que, por la voluntad de los convivientes se cree un sistema de comunicación de bienes parecido a cualquiera de los admitidos para el matrimonio o bien se utilicen otras fórmulas para hacer comunes todos o algunos de los bienes que se adquiera durante la convivencia. Es también posible crear comunidades sobre determinados bienes, como ha ocurrido en el caso objeto de recurso y ello porque según la sentencia de 5 de diciembre de 2005[110] "la demostración de una voluntad expresa o tácita de los convivientes de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la convivencia puede determinar la existencia de una comunidad en sentido jurídico, en concordancia con nuestra jurisprudencia más reciente sobre la naturaleza y efectos de las uniones de hecho""; y, de 15 de enero de 2018[111] "son admisibles genéricamente los pactos entre los convivientes por lo que, al amparo del artículo 1255 del Código Civil adopten acuerdos en los que prevean compensaciones por desequilibrios en el momento de ruptura de la convivencia", entre otras[112].

No obstante, también ha de existir limitaciones en la esfera patrimonial. Así la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de febrero de 2013[113], tras admitir, de nuevo, que "los convivientes pueden establecer una serie de pactos tendentes a regular las consecuencias patrimoniales de su unión, siempre que no sea contrarios a la Ley, a la moral y al orden público", precisa "ciertamente, no está regulada en Leyes una aplicación genérica y en bloque del estatuto ganancial al régimen de convivencia, incluso cuando haya sido objeto de un pacto expreso de remisión. En este sentido, resulta difícil extender una organización jurídica basada en el carácter público del estatuto conyugal a unas relaciones personales que, desde el punto de vista jurídico —no así desde el social— destacan precisamente por lo contrario". En el caso que, los convivientes no establezcan pactos expresos o tácitos, esta resolución señala que, no cabe la posibilidad de acudir a la aplicación analógica del sistema del régimen económico matrimonial, en especial, el de gananciales y que incluso es inviable la aplicación analógica de las normas de la comunidad ordinaria o de la sociedad irregular: "en los casos de ausencia de pacto entre convivientes, no es aplicable analógicamente el régimen económico de gananciales. Es decir, no se puede aplicar la normativa del matrimonio, especialmente la de los regímenes matrimoniales a las uniones de hecho porque la unión de hecho, aun generando una familia, no equivale a una unión matrimonial, debiendo estarse a los pactos entre convivientes. Además, no cabe aplicar el régimen económico matrimonial a quienes excluyen el matrimonio y, en consecuencia, no se pueden aplicar a la unión de hecho preceptos matrimoniales de la sociedad de gananciales". Por su parte, la resolución de la Dirección

General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 21 de junio de 2021[114] afirma que: "los convivientes pueden alcanzar pactos tendentes a regular las consecuencias patrimoniales de su unión, siempre que no sean contrarias a los referidos límites generales. Así, podrán pactar válidamente entre ellos que le sean de aplicación las normas que disciplinan, en general, los distintos regímenes económicos matrimoniales y, en concreto, el de la sociedad de gananciales, bien por remisión a los artículos que regulan dicho régimen económico matrimonial, bien por la adopción de pactos concretos que tradujeran en el convenio entre convivientes las normas de la sociedad de gananciales".

En cualquier caso, los documentos públicos o privados donde se formalizan los pactos pre-ruptura de las parejas de hecho serán inscribible en el Registro de Uniones de hecho, y nunca perjudicará a terceros (se trata de un Registro administrativo). Por otra parte, el pacto no tiene acceso al Registro Civil, pues, no hay matrimonio. Y al Registro Mercantil y al Registro de la Propiedad solo se permite el acceso, si al menos uno de los miembros de la pareja es empresario, o si el documento público tiene trascendencia real (artículos 2.2, 9 de la LH y 7 y 51.6 del RH).

Sobre tales bases, cabe cuestionarse si pueden acordar pactos prematrimoniales los menores no emancipados que, como establece el artículo 46 del Código Civil pueden contraer matrimonio. El artículo 247 del citado cuerpo legal *"La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus progenitores y, a falta de ambos, sin el de su defensor judicial. El menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio. Lo dispuesto en este artículo es aplicable también al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad"*. En esta línea, el artículo 248 del Código Civil: *"Para que el casado menor de edad pueda enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor que sean comunes, basta, si es mayor el otro cónyuge, el consentimiento de los dos; si también es menor, se necesitará además el de los progenitores o defensor judicial de uno y otro"*. Por lo que para los actos de disposición descritos necesitará el consentimiento de los progenitores o del defensor judicial. No los necesitará para pactar un régimen económico de sociedad de gananciales, o de separación o participación, máxime cuando los dos últimos según dispone el artículo 1329 del Código Civil los puede pactar los menores no emancipados. Es, asimismo, la posición que adopta el artículo 231-21 del Código Civil catalán *"pueden otorgar capítulos matrimoniales quienes pueden contraer válidamente matrimonio, pero necesitan, si procede, los correspondientes complementos de capacidad*". En este contexto, tanto los mayores de edad como los menores de edad emancipados podrán acordar en capitulaciones matrimoniales el régimen económico matrimonial de gananciales, separación o participación de bienes como un pacto pre-ruptura. Respecto de estos últimos, habrá que analizar el contenido para verificar, si no necesita el consentimiento de sus padres o del defensor judicial para acordarlo.

Sean cónyuges o pareja de hecho han de tener capacidad en los términos analizados y prestar el consentimiento ha de ser libre, espontáneo, íntegro, no estando viciado por error, violencia, intimidación o dolo (artículos 1265 del Código Civil)[115].

Además de tratarse de consentimiento no viciado, ha de ser un consentimiento informado. En los textos norteamericanos analizados en líneas precedentes, los PFD &7.04 (3) establece que un acuerdo prematrimonial se considera informado y no coaccionado cuando la parte que busque su validez demuestra que: a) Fue celebrado al menos con treinta día de antelación al matrimonio; b) A ambas se les aconsejó obtener asesoramiento jurídico independiente; y, c) Si los acuerdos se han celebrado sin el asesoramiento jurídico independiente, el acuerdo esté redactado en un lenguaje fácilmente comprensible por un adulto de inteligencia media sin formación jurídica. Por su parte, &7.04 (5) se informaron las partes de sus activos e ingresos o fueron proporcionados mediante declaración escrita. La UPMAA entiende que no es ejecutable un acuerdo prematrimonial, si una de las partes demuestra que, como resultado de la coacción, no tuvo acceso a representación jurídica independiente antes de la firma que le asesore jurídicamente sobre el alcance del acuerdo. Y, en todo caso, los cónyuges deben poner a disposición de cada uno información sobre sus patrimonios (información financiera adecuada).

Esta exigencia de consentimiento informado está también prevista en el artículo 231-20.2 del Código Civil catalán que, establece que con carácter previo al otorgamiento de la escritura donde se contiene los pactos en previsión de ruptura matrimonial, el notario tiene una doble función: 1. Debe informar por separado a cada uno de los otorgantes sobre el alcance de los cambios que pretenden introducirse con los pactos respecto al régimen legal supletorio; 2. Debe advertirlos de su deber recíproco de proporcionarse la información sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas. Así el cónyuge que pretenda hacer valer un pacto en previsión de una ruptura matrimonial tiene la carga de acreditar que la otra parte disponía en el momento de firmarlo de información suficiente sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas, siempre y cuando esta información fuese relevante con relación al contenido del pacto[116].

En todo caso, los pactos de exclusión o limitación de derechos deben tener carácter recíproco y precisar con claridad los derechos que limitan o a los que se renuncia.

De todas formas, para GARCÍA MAYO "convendría, además, aunque no lo exija, distanciar temporalmente el referido asesoramiento del momento de la firma"[117].

Ahora bien, se prevé, como medida adicional, el establecimiento de límites temporales para que resulten eficaces. Así el citado artículo 231-20.1 del Código Civil catalán dispone que *"en el supuesto de que sean antenupciales, solo son válidos si se otorgan antes de los treinta días anteriores a la fecha de celebración del matrimonio, y caducan de acuerdo con lo establecido por el artículo 231-19.2"*[118]. En el mismo sentido, en EEUU los PFD &7.04 (3) para presumir el consentimiento informado y no coaccionado el acuerdo se ha de celebrar al menos con treinta días de antelación al matrimonio.

Por su parte, el artículo 4 de la Ley Vasca de Relaciones Familiares se refiere sólo al límite máximo de antelación respecto al momento del matrimonio o la convivencia: "quedarán sin efecto en caso de no contraerse matrimonio o iniciarse la convivencia en el plazo de un año".

Para BARBA una norma que imponer un plazo de los tipos expuestos ha de considerarse positiva. Ahora bien, teniendo en cuenta que por sí solo no puede

entenderse suficiente para admitir o excluir la existencia de consentimiento informado, sería más recomendable que tal plazo no constituyese requisito de validez, sino que como una presunción *iuris tantum* de la libertad de consentimiento[119].

2. Objeto

Los trataremos en relación con el contenido. Si bien, de forma previa el debate se centra en si es posible la renuncia anticipada a la pensión compensatoria o a la compensación por el trabajo en casa. La postura mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia se muestra, como veremos, favorable a tal renuncia. De todas formas, CARRASCO PERERA considera que las renuncias contractuales están fuera del supuesto de hecho contenido en el artículo 6.2 del Código Civil, porque su terreno normativo es el del derecho de los contratos y no la teoría abstracta y descontextualizada de los derechos subjetivos, siendo, pues, la renuncia contractual válida si respeta lo dispuesto en el artículo 1255 del Código Civil. Ahora bien, esa renuncia *ex ante* requiere para el autor de un contrato válido y, por ende, de una causa adecuada[120].

De todas formas, no se puede celebrar contratos sobre la herencia futura (artículo 1271.2 del Código Civil); no se puede renunciar al derecho de alimentos futuros (artículos 151 del Código Civil); no se puede renunciar tampoco anticipadamente a la acción concedida al donante por causa de ingratitud (artículo 652 del Código Civil); y, es nula la renuncia sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos (artículos 816 del Código Civil), entre otras.

3. Causa

Los pactos prematrimoniales han de tener causa verdadera y lícita, pues, no puede afectar al derecho a contraer matrimonio con plena autonomía, ni limitar la libertad de los cónyuges de separarse o divorciarse. Y, en cualquier caso, la eficacia del matrimonio no puede subordinarse a condición, plazos suspensivos o resolutorios, así como tampoco sujetarlo al cumplimiento de un modo. El artículo 45 del Código Civil dispone que: *"la condición, término o modo de consentimiento se tendrá por no puesta"*[121].

4. Forma y publicidad

La regla general es la libertad de forma prevista para los contratos en el artículo 1278 del Código Civil[122]. De forma que, se pueden otorgar en documento privado o en escritura pública ante notario. Resulta recomendable la escritura pública no solo por la mayor fuerza probatoria del documento (artículo 1218 del Código Civil), sino también por verificar la capacidad y legitimación de los otorgantes; que el consentimiento ha sido libremente conformado y que el otorgamiento de los pactos se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes; además de asesoramiento independiente e información de la situa-

ción patrimonial de ambos contrayentes y, en fin, que se trata de título ejecutivo legitimador de derechos.

Por su parte, el artículo 231-20.1 del Código Civil catalán señala que *"los pactos en previsión de una ruptura matrimonial pueden otorgarse en capítulos matrimoniales o en escritura pública"*, esto es, en capitulaciones matrimoniales o en escritura no capitular. También en el artículo 4 de la Ley Vasca de Relaciones Familiares se establece un requisito de forma *ad solemnitatem*, disponiendo que "para su validez, estos pacos habrán de otorgarse en escritura pública".

Ahora bien, cabe plantearse el mandato para el otorgamiento de pactos prematrimoniales en previsión de ruptura en la figura o modalidad de pactos parasociales denominados "protocolos familiares". Ha sido reconocida normativamente no sólo su validez, sino también su posible publicidad registral, a través del régimen específico integrado por el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, que define tales protocolos a los efecto de su acceso al Registro Mercantil como "aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan a una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad". El artículo 114.2 a) del Reglamento del Registro Mercantil da cobertura a la posibilidad que, tales pactos protocolares puedan gozar de eficacia en el ámbito corporativo de la sociedad anónima a través de la inscripción "de cláusulas penales en garantía de obligaciones pactadas e inscritas, especialmente si están contenida en el protocolo familiar publicado en la forma establecida en los artículos 6 y 7 del Real Decreto por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares".

Ahora bien, esta validez y eficacia de los pactos parasociales incluidos en un protocolo familiar está condicionada al respecto de ciertos límites legales. En concreto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de octubre de 2012[123] precisó que estos pactos, en lo referente a su validez "no están constreñidos por los límites que a los acuerdos sociales y a los estatutos imponen las reglas societarias, sino a los límites previstos en el artículo 1255 del Código Civil".

En este contexto, como ha destacado la doctrina especializada, con frecuencia el protocolo familia actúa como una suerte de "contrato marco"; de forma que, el protocolo carecería de virtualidad efectiva sin los correspondientes negocios de ejecución de sus previsiones, negocios que pueden ser familiares (v.gr. capitulaciones matrimoniales, pactos en previsión de ruptura), sucesorios (testamentos o pactos sucesorios) o propiamente societarios (modificación de estatutos). En consecuencia, puede hacerse efectivo el mandato de un protocolo familiar, acordando el correspondiente pacto en previsión de ruptura.

En lo que se refiere a la publicidad de estos pactos prematrimoniales, si se otorgan en documento público y siempre que afecte a derechos inmobiliarios, resultará de aplicación el artículo 75 del RH que referido a las capitulaciones matrimoniales y de conformidad con los establecido en el artículo 1333 del Código Civil serán inscribibles "en cuanto contengan respecto a bienes inmuebles o derechos reales determinados, alguno de los actos a que se refiere el artículo 2 de la Ley y 7 del Reglamento"; ahora bien, no habiéndose aún contraído matrimonio establece en su párrafo segundo *"se suspenderá la inscripción y podrá tomarse*

anotación preventiva de la suspensión, que se convertirá en inscripción cuando se acredite la celebración de aquél o se cancelará a solicitud de cualquiera de los otorgantes, si, transcurrido un año y dos meses desde la fecha de las capitulaciones, no se hubiese acreditado que el matrimonio se celebró dentro del plazo de un año desde dicha fecha"[124].

En todo caso, se indica que, se puede defender que el acceso de estos pactos prematrimoniales al Registro de la Propiedad puede operar por la vía del negocio bajo condición suspensiva[125].

En cuanto al Registro Civil, el artículo 60.1 de la LRC establece que: *"Junto a la inscripción del matrimonio se inscribirá el régimen económico matrimonial legal o pactado que rija el matrimonio y los pactos, resoluciones judiciales o demás hechos que pueden afectar al mismo"*. En el caso que el matrimonio no se hubiera celebrado aún, el Encargado del Registro procederá a su anotación en el registro individual de cada contrayente (artículo 60.2 apartado segundo de la LRC). El resto de los pactos —como son los realizados en previsión de una ruptura matrimonial— no tiene acceso al Registro Civil.

V. CONTENIDO DE LOS PACTOS PREMATRIMONIALES O EN PREVISIÓN DE RUPTURA

Los acuerdos adoptados por los futuros contrayentes en un contrato prematrimonial gozan de la fuerza vinculante propia de cualquier contrato. Por lo que, como hemos indicado, el consentimiento de los futuros contrayentes ha de ser libre, espontáneo, íntegro, y no estar viciado por error, dolo, violencia e intimidación (artículo 1265 del Código Civil), su objeto ha de ser una prestación cierta, lícita y posible (artículos 1271 a 1273 del Código Civil) y su causa verdadera y lícita (artículos 1274 a 1277 del Código Civil).

Los distintos pactos que las partes pueden convenir, o pueden afectar sólo a los cónyuges y ser de contenido estrictamente personal o de naturaleza patrimonial, o afectar sólo a los hijos sometidos a patria potestad.

Comenzando por los pactos entre cónyuges de naturaleza personal se pueden incluir aquellos que tienen por objeto los derechos y deberes conyugales, en particular, los que persiguen configurar el contenido personal del estado de casado. Estos deberes son impuestos a los cónyuges por la ley, y, en consecuencia, son indisponibles (artículos 67 y 68 del Código Civil). Si bien, la indisponibilidad de los deberes conyugales se ha visto afectada por la reforma del Código Civil llevada a cabo por la citada Ley 15/2005, de 8 de julio que, ha supuesto una reducción del ámbito de eficacia jurídica del contenido del matrimonio, con la única excepción del deber de socorro en su dimensión patrimonial; si bien, su incumplimiento no provoca casi ninguna consecuencia jurídica; asimismo, no concede mecanismo de reacción al cónyuge cumplidor, ni el incumplidor afronta sanción jurídica relevante como consecuencia de su incumplimiento. En todo caso, no son válidos los pactos que excluyen la obligación de vivir juntos o de guardarse fidelidad (artículo 68 del Código Civil). De todas formas, se pueden establecer acuerdos que se limiten a concretar o modular alguno de los derechos o deberes, siempre que tal modulación o concreción no afecte a su contenido esencial que, es de *ius cogens*.

Por lo que, no resulta factible la creación de deberes *ex novo* o dotar de distinto contenido a los deberes establecidos por la ley, o simplemente excluir alguno de ellos[126]. Sería nulo aquel pacto que obligase al futuro cónyuge a romper relación, por ejemplo, con su familia o amigos. No obstante, se puede establecer pactos que consisten en el establecimiento de una indemnización por el incumplimiento de los deberes conyugales, aunque como hemos señalado, tal incumplimiento no se vincula en la actual regulación a la posibilidad de solicitar la separación o divorcio por parte del cónyuge cumplidor, ni tiene como consecuencia la posibilidad de que el cumplidor reclame una indemnización de daños y perjuicios básicamente morales; lo que no impide que, los cónyuges puedan acordar al respecto una indemnización a cargo del cónyuge incumplidor de los deberes que, derivan del matrimonio. De forma que, los cónyuges asumen de forma voluntaria la obligación de resarcir en caso de incumplimiento de un deber. En este contexto, se puede convenir pactos atinentes al hecho mismo de la ruptura como puede ser el establecimiento de causas específicas para poner fin al matrimonio, y los que comportan una sanción a cargo del cónyuge que, insta la separación o divorcio. Respecto a los primeros, se ha negado la posibilidad de pactar la inclusión de causas convencionales o la exclusión de causas legales de separación y divorcio. En este punto, la ley es imperativa, y cualquier pacto vulneraría el derecho fundamental a poner fin al matrimonio, además de lesionar la dignidad de la persona y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 de la Constitución Española)[127]. Asimismo, hemos de recordar que, el artículo 32 de la Constitución Española consagra la disolubilidad del matrimonio, por lo que cualquier acuerdo sobre su indisolubilidad no puede impedir, en ningún caso, el ejercicio de acción personal de separación o divorcio[128], reservándose, además, por la ley la fijación de las causas de separación o divorcio, por lo que no cabe en ningún caso su regulación convencional. En todo caso, es posible que los futuros cónyuges doten a la culpa de relevancia contractual fijando para ello una indemnización por daño moral, o, que sirva para concretar la cuantía de una prestación o pensión compensatoria[129].

En cuanto a los segundos, que supone operar en una esfera patrimonial, se puede establecer que el cónyuge que promueve la ruptura del matrimonio, tiene la obligación de abonar al otro una determinada cantidad; o también se puede convenir que uno solo de los cónyuges deba indemnizar al otro en caso de separación o divorcio, con independencia de quién haya sido el promotor. En este contexto, mientras se afirma por cierto sector doctrinal que, el establecimiento de una pena convencional por la ruptura del matrimonio es perfectamente válida sobre la base de razones fundadas tales como que, no supone la introducción de un elemento de racionalización en un derecho que se configura legalmente en términos de libertad ni comporta una limitación a su ejercicio[130]; o, simplemente, se indica que, frente a la consideración de la pena convencional pactada limita el implícito derecho constitucional a separarse del obligado al pago de la pena "no sólo olvida que la declaración de nulidad de la cláusula puede impedir el, este sí, derecho constitucional expreso a contraer matrimonio de quienes deseen hacerlo, sino que, es falsa y equívoca, pues, el esposo obligado tiene tanto menos que pagar cuanto antes se separe". A lo que hay que añadir el *ius moderandi* con el que cuenta el juez para con base en la equidad, rebajar el montante de la indemnización pactada (artículo 1154 del Código Civil)[131]. Frente a ello responden otros que, los acuerdos que

vinculan una indemnización al solo hecho de la ruptura son contrarios a la moral, pues, el ordenamiento jurídico establece derechos que nacen con ocasión de la crisis matrimonial cuyo fundamento es variable, pero en general se inspiran en la necesidad de reparar el perjuicio causado por la ruptura; si estamos en un caso en que no concurren los presupuestos para el nacimiento de estos derechos, supone "convertir el matrimonio en un mecanismo para prosperar económicamente"[132]. Ciertamente, pueden atentar contra la libertad de los cónyuges al disolver el matrimonio y configurar éste como un negocio generador por su sola existencia de derechos patrimoniales, lo que podría considerarse contrario, como se señala, a la moral vigente. O, en fin, se entiende que son contrarios a la equidad o al orden público familiar por operar, por un lado, como elemento disuasorio para el cónyuge que desea poner fin al matrimonio, ya que, al separarse o divorciarse va a obtener una indemnización, y, por otro, por obstaculizar *de facto* la voluntad del otro de separarse, al tener que pagar, si ello sucede, una indemnización; o, en fin, por contrariar el orden público constitucional[133]. De todas formas, serían inválidos aquellos pactos que causen una notable desproporción entre la situación existente antes y después de la ruptura, por elevar tanto el coste de la indemnización que, excluya de hecho la facultad de instar la crisis matrimonial[134]; o que las ventajas de la ruptura sean tan atractivas que, la conviertan en una "tentación irresistible"[135]. Respecto de los acuerdos indemnizatorios condicionados a que el matrimonio dure un determinado número de años no serían válidos en cuanto afectan a la libertad de los cónyuges de poner fin a su matrimonio cuando lo deseen y vulneran el principio de igualdad al imponerse de forma unilateral[136]. En cuanto, a la indemnización en forma de pena convencional en caso que el matrimonio sobrepase un determinado número de años, ante el daño moral que se puede derivar de esa ruptura, siempre operando con la moderación judicial indicada en líneas precedentes, parece que serían admisibles[137].

En todo caso, parece que, serían admisibles los acuerdos con causa subjetiva fundados en el incumplimiento de deberes conyugales por el esposo obligado a indemnizar o, por haber causado la ruptura[138]; si bien, con relación a los acuerdos indemnizatorios con causa objetiva, habría de analizar en cada caso, si del hecho que —ligado a la ruptura— va a generar el deber de indemnizar, puede presumirse del mismo, precisamente, la existencia de un perjuicio para el cónyuge acreedor.

Centrándonos en la esfera patrimonial, como precisa la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de noviembre de 2018[139] que "si la parte que suscribió el convenio, como negocio jurídico de familia y que aporta como tal por la contraparte al proceso contencioso, no alega ni justifica ninguna de las circunstancias antes mencionados —vicios del consentimiento o alteración sustancial de las circunstancias—, el tribunal no ha decidir sobre las medidas de naturaleza disponible que se le postulan, apartándose de lo libremente pactado por los cónyuges en el convenio suscrito por ambos y haciendo su particular apreciación legal sobre tales materias"[140].

1. Pactos sobre la pensión compensatoria.

En concreto, en los pactos sobre pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de mayo

de 2012[141] afirma que "el artículo 97 del Código Civil exige que la separación o divorcio produzcan un desequilibrio económico en un cónyuge en relación con la posición del otro, para que surja el derecho a obtener la pensión compensatoria. En la determinación de si concurre o no el desequilibrio se tienen en cuenta diversos factores, como ha puesto de relieve la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil, de 19 de enero de 2010[142] que declaró la doctrina siguiente: "(…) para determinar la existencia de desequilibrio económico generador de la pensión compensatoria debe tenerse en cuenta básicamente y entre otros parámetros, la dedicación a la familia y la colaboración con la actividades del otro, el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios y su situación anterior al matrimonio". Esta doctrina se ha aplicado en sentencias posteriores 856/2011, de 24 de noviembre[143] y 720/2011, de 19 de octubre[144]. De ahí que, cabe deducir que el hecho de que un matrimonio haya regido sus relaciones económicas por un régimen de comunidad o uno de separación no es factor que origine por sí mismo el derecho a obtener o no pensión compensatoria. Solo lo causará el desequilibrio producido como consecuencia de la separación o el divorcio; si bien, entre los parámetros a tener en cuenta para fijar la concurrencia de desequilibrio, es decir, implican "un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio" a los efectos de la reclamación de la pensión, del mismo modo como se exige cuando se rigen por un régimen de bienes distinto. De ello cabe deducir que el régimen no es determinante del desequilibrio, sino que constituye uno de los factores a tener en cuenta para fijarlo y por ello, cabe la pensión compensatoria tanto en un régimen de comunidad de bienes como en uno de separación"[145]. Como señala, asimismo, la sentencia del citado Alto Tribunal y Sala, de 23 de abril de 2018[146] con referencia a las sentencias de 22 de junio de 2011[147] y de 18 de marzo de 2014[148]: "El punto principal se refiere al concepto de desequilibrio y el momento en que este debe producirse y así dice que "(…) tal desequilibrio implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio; que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura, por lo que no se trata de una pensión de alimentos y lo que sí ha de probarse es que ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfruta el otro cónyuge". En la sentencia de 12 de febrero de 2020[149] se declara que: "Ahora bien, como señala la reciente STS 96/2019, de 14 de febrero[150], la simple desigualdad económica no determina de modo automático un derecho de compensación y es preciso ponderar en conjunto la dedicación a la familia, la colaboración en las actividades del otro cónyuge, la situación anterior al matrimonio, el régimen de bienes a que ha estado sometido el matrimonio, así "como cualquier otra circunstancia relevante", de acuerdo con lo dispuesto en artículo 97 del Código Civil". Y, en la sentencia de 28 de marzo de 2022[151] se indica que: "(…) la pensión compensatoria no es un mecanismo reequilibrador de patrimonios (…). Ello es así, dado que las circunstancias concurrentes del mencionado artículo 97 del Código Civil operan como criterios determinantes de la existencia de desequilibrio y módulos de cuantificación de su montante económico[152].

En este contexto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de marzo de 2009[153] define la pensión compensatoria como "(…) una prestación

económica a favor de un esposo y a cargo del otro tras la separación o divorcio del matrimonio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o *ex* cónyuges —que ha de ser apreciado al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma—, y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio". Por lo que, se refiere a la naturaleza jurídica y presupuestos para la concesión de la pensión compensatoria viene a sostener el Tribunal Supremo: 1. El artículo 97 del Código Civil regula el derecho a la pensión compensatoria como una prestación singular con características propias, notoriamente alejada de la prestación alimenticia —en cuanto que, a diferencia de esta, no atiende al concepto de necesidad, razón por la que ambas resultan compatibles, pero también de la puramente indemnizatoria o compensatoria— entre otras razones, porque el artículo 97 del Código Civil no contempla la culpabilidad del esposo deudor como una de las incidencias determinantes de su fijación y porque no se compadece con su carácter indemnizatorio que sea posible su modificación a consecuencia de una alteración sustancial y posterior en la fortuna de uno y otro cónyuge y, por supuesto, su extinción—, que responde a un presupuesto básico consistente en la constatación de un efectivo desequilibrio, producido en uno de los cónyuges con motivo de la separación o el divorcio, siendo su finalidad restablecer el equilibrio y no ser una garantía vitalicia de sostenimiento, perpetuar el nivel de vida que venían disfrutando o lograr equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluta entre estos; 2. Tal desequilibrio implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio; que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. De esto se sigue que, a diferencia de la pensión alimenticia, en la compensatoria no hay que probar la existencia de necesidad, toda vez que, como se ha dicho, el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión, aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo. Lo que, sí ha de probarse es que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba el matrimonio y respecto a la posición que disfruta el otro cónyuge; 3. En sintonía con lo anterior, siendo uno de los razonamientos que apoyan su fijación con carácter temporal aquel que destaca, como legítima finalidad de la norma legal, la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas, a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial, resulta razonable entender que el desequilibrio que debe compensarse debe tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia, de su mayor dedicación al cuidado de la familia; 3. La expresa naturaleza y función de la pensión compensatoria obligan al órgano judicial a tomar en cuenta para su fijación, cuantificación y determinación del tiempo de percepción, factores numerosos y de imposible enumeración, entre los más destacados, lo que enumera el artículo 97 del Código Civil. Estos factores o circunstancias tienen la doble función de actuar como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias y, una vez, determinada la concurrencia del misma, la de ac-

tuar como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión; 4. Por último, operan también estos factores para poder fijarla con carácter vitalicio o temporal, pues, permiten valorar la idoneidad o aptitud del beneficiario para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y alcanzar la convicción que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza que va a ser factible la superación del desequilibrio. Para este juicio prospectivo el órgano judicial ha de actuar con prudencia, con criterios de fijar un límite temporal a la pensión, ya en el de justificar su carácter vitalicio, deben ser respetadas en casación siempre que aquellas sean consecuencia de la libre y ponderada valoración de los factores a los que se refiere de manera no exhaustiva el artículo 97 del Código Civil y que han de servir tanto para valorar la procedencia de la pensión como para justificar su temporalidad o no. En esta pretensión reequilibradora del desequilibrio económico entre los esposos en el momento de la ruptura de la convivencia con respecto a la situación que tenían hasta entonces, se ha concedido la pensión, incluso en supuestos de independencia económica, si las diferencia salariales son notorias, siendo preciso, asimismo que, tal desequilibrio traiga causa de la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia, razón por la cual la pensión, de concederse, deberá fijarse en cuantía y duración suficiente para restituir a éste en la situación de igualdad de oportunidades laborales y económicas, a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial[154].

Por otra parte, como señalan las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 y 20 de febrero de 2020[155]; de 13 de julio de 2020[156]; de 23 de noviembre de 2021[157]; y, de 21 de febrero de 2022[158] "(…) la pensión compensatoria se configura como un derecho personalísimo de crédito, normalmente de tracto sucesivo, fijado en forma de pensión indefinida o limitada temporalmente, susceptible, no obstante, de ser abonada mediante una prestación única, incardinable dentro de la esfera dispositiva de los cónyuges condicionada por lo que respecta a su fijación y cuantificación, a los parámetros establecidos en un concreto momento, como en la anterior convivencia marital"[159]. En los términos del artículo 99 del Código Civil puede sustituirse por una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de capital en bienes o en dinero[160]. Asimismo, es jurisprudencia consolidada de la Sala de lo Civil del Alto Tribunal, explicitada entre otras resoluciones de 11 de mayo de 2016[161]; de 15 de marzo de 2018[162]; de 11 de diciembre de 2018[163]; de 7 de noviembre de 2019[164]; de 20 de febrero de 2020[165]; de 3 de junio de 2020[166]; de 13 de julio de 2020[167]; y, de 3 de marzo de 2022[168] con respecto a la extensión temporal de la pensión compensatoria que: 1. El establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que es consustancial, siendo ésta una exigencia o condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso; 2. Que para fijar la procedencia, cuantía y duración temporal de la pensión compensatoria es necesario atender a los factores a los que se refiere el artículo 97 del Código Civil; 3. Que, a tales efectos, la función judicial radica en valorar la idoneidad o aptitud del beneficiario/a para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto y alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción; 4. Tal juicio prospectivo o de futuro deberá de llevarse a efecto con prudencia, ponderación y

con criterios de certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad; y 5. El plazo, en su caso, habrá de estar en consonancia con la previsión racional y motivada de superación del desequilibrio[169].

En todo caso, la citada sentencia de 15 de marzo de 2018[170] resume la doctrina de la Sala de lo Civil sobre la fijación de un límite temporal a la pensión compensatoria señalando que "el establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, siendo ésta una exigencia o condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas de entre las comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 del Código Civil (que según la Sala, fijada en la sentencia de 19 de enero de 2010 del pleno), luego reiterada en las sentencias de 4 de noviembre de 2010[171]; de 14 de febrero de 2011[172]; de 27 de junio de 2011[173]; y de 23 de octubre de 2012[174], entre las más recientes, tiene la doble función de actuar como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada uno de las circunstancias, y una vez, determinada la concurrencia del mismo, la de actuar como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión), que permiten valorar la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto y alcanzar la convicción que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza que va a ser factible la superación del desequilibrio, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre. Pero, a partir de la valoración de esos factores, ya sea para fijar un límite temporal a la obligación como para fijar el juicio prospectivo del órgano judicial debe realizarse con prudencia y ponderación y con criterio de certidumbre. En definitiva, como recoge la sentencia de 10 de febrero de 2005 con certidumbre y potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad, que es ajena a lo que se denomina futurismo o adivinación (sentencia de 2 de junio de 2015). El plazo habrá de estar en consonancia, por tanto, con la previsión de superación del desequilibrio (sentencia de 22 de octubre de 2020). En el mismo sentido, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 3 de junio de 2020[175] dispone que "(…) 1. Según la cita de la sentencia de 11 de mayo de 2016 tiene declarado las sentencias de 21 de junio de 2013 y de 3 de julio de 2014, entre otras, que "la posibilidad de establecer la pensión compensatoria con carácter temporal con arreglo a las circunstancias, es en la actualidad una cuestión pacífica, tanto a la luz de muchas resoluciones de esta Sala (entre las más recientes, sentencias de 17 de octubre de 2008; de 21 de noviembre de 2008; de 29 de septiembre de 2009; de 28 de abril de 2010; de 29 de septiembre de 2010; de 4 de noviembre de 2010; de 14 de febrero de 2011; de 27 de junio de 2011; de 5 de febrero de 2011 —Pleno—; y de 10 de enero de 2012 que reiteran la doctrina favorable a la temporalidad fijada por las sentencias de 10 de febrero y 28 de abril de 2005, como por haberse manifestado también posteriormente en el mismo sentido positivo el legislador mediante la Ley de 8 de julio de 2005 que ha dado una nueva redacción al artículo 97 del Código Civil, estableciendo que la compensación podrá consistir en una pensión temporal o, por tiempo indefinido, o en una prestación única"; 2. Una vez expuesto que la fijación de un límite temporal es posible, tanto legal como jurisprudencialmente, la cuestión se contrae a la determinación de los criterios que

deben servir de pauta a tal fin. Según la doctrina que recoge las sentencias antes citadas "el establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que es consustancial, siendo ésta una exigencia o condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas de entre las comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 del Código Civil que, permiten valora la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y alcanzar la convicción que no es preciso prolongar más allá de su percepción por la certeza que va a ser factible la superación del desequilibrio, del juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre""[176].

Ahora bien, en el marco de la casuística jurisprudencial, algunos pronunciamientos de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, determinaron en un juicio de ponderación de las circunstancias concurrentes, la fijación de la pensión compensatoria sin límite temporal. Así la sentencia de 13 de julio de 2020[177] declaró: "Pues bien, en el caso presente, siguiendo las pautas y criterios de prudencia, no apreciamos concurra una alta probabilidad para la demandada recurrente, en el plazo de tiempo fijado por la sentencia recurrida de tres años, pueda encontrar un empleo estable, más bien, todo conduce a considerar, en ausencia de otros elementos de juicio, poco halagüeñas posibilidades de integración en el mundo laboral; toda vez que cuenta con más de 55 años de edad, perteneciendo, en consecuencia, a un colectivo en el que se centra el mayor número de parados de larga duración y tasas de desempleo elevadas, así como la falta de actualización de sus conocimientos, tras no haberse dedicado a actividad profesional alguna en los últimos 25 años, si dejamos a salvo un lapso temporal de unos días. Es más cuando se intentó incorporar, en el año 2014, al mundo laboral tan sólo lo logró por tan escaso periodo de tiempo. Las dificultades de reciclaje profesional, preparándose para el ejercicio de otra profesión o empleo, tampoco gozan de probabilidad razonable de éxito dado el actual mercado laboral (…)". En la sentencia de 3 de junio de 2020[178] se fijó también sin límite temporal, en atención a las circunstancias concurrentes: 25 años de duración del matrimonio, dedicación al cuidado de la familia, ausencia de cualificación laboral, incapacidad de un 40% por un proceso depresivo crónico, así como previsión de dedicación futura a las necesidades de las hijas. Igualmente, se determinó, de tal forma, el devengo de la pensión compensatoria en el caso enjuiciado por la sentencia de 6 de julio de 2020[179] dado que "(…) se trata de una pareja cuyo matrimonio dura más de 30 años (contraído en 1986), la demandada se casó con 21 años y se divorcia con 53 (nacida en 1965). Durante ese tiempo la esposa se dedicó al cuidado de la familia (dos hijos, actualmente mayores de edad), sin acceso al mercado laboral". De igual manera, en el caso de la sentencia de 23 de noviembre de 2021[180] en atención a que: "en el caso presente, resulta que la actora cuanta actualmente con 61 años de edad, con lo que su integración en el mundo laboral es complicada, como es hecho notorio y resulta de los estudios estadísticos existentes al respecto. Buena muestra de ello, es que, desde el 4 de mayo de 2012, en que fue despedida como consecuencia de un expediente de regulación de empleo, sólo trabajó seis medes, desde el 10 de diciembre de 2013 al 10 de junio de 2014 (…). Todo ello, sin perjuicio, claro está que, de incorporarse al

mundo laboral, ser perceptora de una pensión de jubilación, cuyo reconocimiento y cuantía se desconocen, o darse alguna de las circunstancias del artículo 101 del Código Civil, dicha pensión puede ser revisada o dejada sin efecto (sentencias de 2 de junio de 2015; de 3 de junio de 2020; y, de 13 de julio de 2020). En la sentencia de 7 de noviembre de 2019[181] se fundamenta la fijación de una pensión compensatoria de manera indefinida, sin perjuicio de revisión por alteración sustancial de las circunstancias con base en que: "no basta con que la esposa terminara los estudios universitarios de derecho en 2006, años después de casada (el matrimonio se contrajo en 1992), ni que esté colegiada, pues lo cierto es que durante los veinticinco años de matrimonio no ha ejercicio profesión y solo consta un breve período de empleo en la empresa de su familia hace ya algunos años (en 2001 y 2002, el cese se produce coincidiendo con el fallecimiento de su padre). El hecho que la esposa haya acompañado a su marido a sus destinos y la dedicación a una familia con tres hijos, uno de ellos con discapacidad desde su nacimiento, aunque haya contado con ayuda externa, es buena explicación su falta de acceso al mercado laboral, que no queda garantizada en el futuro con facilidad, pese a sus estudios, en atención a su edad (nació en 1965) y su falta de experiencia laboral, por mucho que su hermano sea titular de una empresa en la que en el pasado estuvo temporalmente contratada".

En la sentencia de 22 de octubre de 2020[182], igualmente, no procede la limitación temporal, pues, dada la edad de la recurrente, su ausencia de formación, duración del matrimonio, edad en la que contrajo, dedicación a la familia, e ingresos actuales y futuros del esposo, de acuerdo con el artículo 97 del Código Civil, procede establecer la pensión con carácter indefinido, con el fin de evitar el desequilibrio que la situación de divorcio, procede en la recurrente, que con su dedicación a la familia, posibilitó el desarrollo profesional del que fue su esposo, no apreciándose posibilidades ciertas de inserción en la vida laboral, al menos con la entidad que se requeriría, todo ello sin perjuicio de valorar, en su momento, futuras alteraciones que evidenciaran una mayor potencialidad económica de la hoy recurrente. A la vista de esta doctrina y teniendo en cuenta que el matrimonio se celebró en 1992, que la esposa, nacida en 1965 (por lo que cumpliría 56 años el presente año), padece de una discapacidad de 37%, por unas hernias discales que le afectaron a su trabajo como limpiadora, sufriendo en la actualidad de depresión, con estudios de graduado escolar, procede fijar una pensión compensatoria con carácter indefinido, dadas las escasas posibilidades que tiene de reinserción en el mercado laboral (artículo 97 del Código Civil). Por tanto, se estima el recurso en cuanto a la duración de la pensión compensatoria que se convertirá en indefinida.

Por último, finalizamos esta cita jurisprudencia con las sentencias de 3 de marzo de 2022[183], pronunciándose en el mismo sentido: "(…) cuando la Audiencia dictó la sentencia (en el mes de marzo de 2019), la recurrente tenía la edad de 61 años, y por ello, como ya dijimos en la sentencia mencionada con anterioridad y hemos de reiterar ahora "su integración en el mundo laboral es complicada, como es hecho notorio y resulta de los estudios estadísticos existentes al respecto (…)". (…) Y es que lo relevante no es, como dice la Audiencia, que por su edad pueda desarrollar un trabajo remunerado, lo que nadie niega, sino que, precisamente, por ella pueda encontrarlo. Por decirlo de forma breve. La edad que tiene

no juega a su favor, sino en su contra". Añádase a lo anterior que "no se conocen ni se mencionan otros datos relativos a su formación, cualificación y experiencia profesional idóneos para integrar un perfil atractivo en el mercado laboral y, por lo tanto, capaces de corregir o compensar el efecto desfavorable de su edad. Y, también que, al momento de dictarse la sentencia recurrida estaba percibiendo la renta activa de inserción que es una ayuda específica dirigida a los desempleados con especiales necesidades económicas y especiales dificultades para encontrar empleo"; de 26 de septiembre de 2022[184] la falta de datos fiables aportados en el procedimiento de divorcio acerca de cómo se verá afectada la economía de la beneficiaria de la pensión tras la liquidación del régimen económico matrimonial, y, por tanto, la incertidumbre sobre la superación del desequilibrio explica que no puede fijarse un límite temporal; y, de 10 de marzo de 2023[185], igualmente, en el caso presente no se aprecia que concurra una alta probabilidad que la esposa —Dª. Eufrasia— pueda encontrar empleo estable en un tiempo prudencial, pues, además de la falta de cualificación profesional y actualización de conocimientos al no haberse desde 2008 dedicado a actividad profesional alguna; tiene más de 57 años, perteneciendo con ello al colectivo en el que se centra el mayor número de parados de larga duración y alta tasas de desempleo.

De todas formas, se ha admitido en sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de octubre de 2013[186] y, de 8 de septiembre de 2015[187] la transformación de la pensión establecida con carácter indefinido en temporal que, puede venir dada por la idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico y, alcanzarse, por tanto, la convicción que no es preciso prolongar más allá de su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación de este desequilibrio; juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterio de certidumbre, pues a ella se refiere reiterada jurisprudencia de esta Sala.

En este contexto, podemos señalar que, en la actualidad existe un consenso mayoritario sobre el carácter disponible de este derecho por la parte que pueda afectar. Rige el principio de autonomía de la voluntad tanto en su reclamación; de modo que, puede renunciarse, como fijar su propia configuración[188]. Los cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surjan como consecuencia del divorcio o la separación. La pensión compensatoria es una cuestión de la libre disponibilidad de las partes con lo cual no estamos ante una cuestión de Derecho necesario (*ius cogens*), sino privada, reservada al ámbito particular de los cónyuges y por ello, sujeta a su plena disponibilidad, por lo que la libre voluntad de las partes es ley (artículo 1255 del Código Civil). El carácter privatístico de esta institución viene reconocida en la regla 1ª del artículo 97 del Código Civil y es señalado en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de diciembre de 1987[189] conforme a la cual "no nos encontramos ante una norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes". Añade la misma sentencia que estamos frente "a un derecho subjetivo, una situación de poder concreto, entregada al arbitrio de la parte, que puede hacerlo valer o no, sin que deba intervenir en tal aspecto y de modo coactivo el poder público, al no afectar al sostenimiento de la familia, ni a la educación o alimentación de los hijos comunes, ni a las cargas del matrimonio, salvaguardadas por otros preceptos, se pretende sólo mantener un equilibrio

y que cada uno de los cónyuges pueda continuar con el nivel económico que tenía en el matrimonio". En este sentido, la sentencia del citado Alto Tribunal y Sala, de 25 de marzo de 2014[190] afirma que se trata de un derecho subjetivo sujeto a los principios de justifica rogada y del principio dispositivo formal, puesto que, según afirma la propia sentencia de 2 de diciembre de 1987[191] "la ley no autoriza al juez a que señale tal pensión de oficio y, en cambio, las partes pueden incluirla en el convenio regulador o pedirla en el procedimiento, demostrando la concurrencia de las circunstancias a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, razón por la que, sigue diciendo que "es claro que no nos encontramos ante una norma de derecho imperativo sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer (…)". Atendiendo a que los cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia del divorcio o separación. Procede indicar que, el carácter vinculante de lo pactado con respecto a la pensión compensatoria ha sido reconocido además por las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de abril de 2012; de 25 de marzo de 2014; así como en la sentencia de 11 de diciembre de 2015 en la que se estableció como doctrina jurisprudencial que "a los efectos de la extinción de la pensión compensatoria, habrán de tenerse en cuenta los acuerdos contenido en el convenio regulador, con absoluto respecto a la autonomía de la voluntad de ambos cónyuges, siempre que no sea contraria a la ley, la moral y el orden público". O, más recientemente, en las sentencias de 14 de marzo de 2018[192]; de 21 de febrero de 2022[193]; y 30 de mayo de 2022[194].

Así se ha considerado válido el pacto por el que se concierta una prestación compensatoria en los supuestos de existencia de desequilibrio económico de uno con respecto a la posición del otro, que supone un empeoramiento de su situación económica con respecto a la ya existente constante matrimonio. Se puede, en consecuencia, pactar su cuantía[195], duración, modalidad (en dinero, en bienes, o combinando ambos), en suma alzada o en pensión periódica[196]; su reducción porcentual por determinadas causas (por ejemplo, jubilación)[197] y sus causas de extinción[198]. En este contexto, se considera que lo acordado por los cónyuges en el proceso de mutuo acuerdo es vinculante para el juez, que no podrá revisarlo, salvo alteración sustancial de las circunstancias económicas existentes en el momento del acuerdo prematrimonial o, se considere gravemente perjudicial para uno de los cónyuges, y así parece ir la redacción dada al artículo 97 tras la reforma del año 2005.

Por todo ello, se han de considerar válidos, en términos generales, los pactos que acuerden la fijación preventiva de la pensión o incluso la exclusión de este derecho a la pensión. Respecto de los primeros la admisibilidad de este pacto de fijación de la prestación compensatoria quedaría en cierta forma predeterminado a qué durante el proceso de separación o divorcio, se pudiera comprobar la existencia de una situación de desequilibrio de uno de los cónyuges respecto del otro, o si la cuantía de la prestación que se hubiera pactado, pudiera ser para el cónyuge deudor excesivamente gravosa, lo que podría suponer su eventual diminución. Respecto a los segundos, las dudas pueden surgir ante el hecho que, la inexistencia de la pensión puede colocar al cónyuge renunciante en situación de necesidad o cuando se trata de renuncias preventivas. Lo cierto es que, el pacto por el que se renuncia anticipadamente a la compensación por desequilibrio es uno de los

pactos prematrimoniales más habituales. Suelen incluirse en capitulaciones matrimoniales, pero también establecerse en documento privado. La admisibilidad de este pacto depende de si se considera válida o no la renuncia preventiva de derechos no adquiridos, pues, no cabe duda del carácter disponible de la pensión compensatoria. Frente a quienes afirman la nulidad de esta renuncia preventiva a la compensación por desequilibrio económico sobre la base de considerar que "podría llevar a comprometer el derecho a poner fin a una convivencia no deseada, solicitando el divorcio o la separación cuando hubiere causa, ante el temor de sufrir las graves consecuencias que, se derivarían en el terreno económico para el demandante"[199]; o, simplemente, entienden que no resulta posible la renuncia preventiva de derechos futuros, de suerte que solo cabe renuncia abdicativa —dejación de un derecho adquirido— y recognoscitiva —dejación de un derecho dudoso o controvertido—, por lo que, desde tal planteamiento no sería posible la renuncia anticipada a la prestación compensatoria, al ser nula tal renuncia[200]. Hay otra línea doctrinal partidaria de su admisión y, por ende, de su validez al entender que la renuncia anticipada a un derecho futuro (renuncia preventiva) no constituye en realidad renuncia de derechos, sino exclusión voluntaria de la ley aplicable (artículo 6.2 del Código Civil), que es la voluntad de no llegar a adquirir el derecho, adquisición que, se hubiera producido, si la ley aplicable no se hubiese excluido[201]. En el citado artículo 6.2 se distingue entre la renuncia de derecho y la renuncia a la ley o exclusión voluntaria de la ley aplicable, sometiendo a ambas a los mismos requisitos que, no sean contrarias a la ley, ni al orden público, ni perjudiquen a terceros. Asimismo, en esta línea, se argumenta a favor de su validez sobre la base de considerar que, tal renuncia resulta perfectamente conciliable con el hecho que, el objeto del contrato puede ser cosas o derechos futuros (artículo 1271 del Código Civil)[202]. O, simplemente, se alude a que, no resulta cierto que en nuestro derecho solo se permita la renuncia a un derecho ya nacido, pues, el propio artículo 1102 del Código Civil admite la renuncia a la acción procedente de negligencia contractual[203]. O, en fin, se considera que la prestación compensatoria es un derecho del cónyuge que, por no afectar a hijos menores es disponible y, en consecuencia, perfectamente renunciable[204], o su renuncia al no ser un derecho obligatorio, no vulnera el orden público familiar al no afectar a normas de Derecho de familia puro[205].

En todo caso, puede ofrecer dudas en cuanto a su admisión y validez las renuncias preventivas unilaterales, por vulnerar *a priori* y con carácter necesario el principio de igualdad. No así las renuncias recíprocas (onerosa y gratuita), pues, el único límite a la posible libertad de pactos vendría derivado de un mínimo principio de reciprocidad[206]. Esta exigencia de reciprocidad implica igualdad en la fijación de criterios para ambos cónyuges. Precisamente, el legislador catalán ha establecido la reciprocidad como criterio legal para admitir la validez de los pactos prematrimoniales, como exigencia imperativa en el apartado 3 del artículo 231-20 del Código Civil catalán[207]. No obstante, serían posibles las renuncias preventivas unilaterales, cuando los derechos desiguales de los cónyuges tengan razones fundadas atendibles[208]. Admitida la renuncia, se entiende que sería eficaz siempre que en el momento de la ruptura, no se haya producido un cambio sustancial de las circunstancias bajo las cuales se efectuó. La renuncia lleva implícita,

en consecuencia, la cláusula *rebus sic stantibus* y se aplica la teoría de la alteración de la base del negocio[209].

De todas formas, resulta operativa la distinción entre relaciones conyugales personales íntimamente ligadas con el reconocimiento de una autonomía mínima e irrenunciable de cada cónyuge, ámbito propio de la prohibición contenida en el artículo 1328 del Código Civil, y las relaciones patrimoniales en las que debe primar la libertad contractual.

Si bien, conviene poner de manifiesto que, frente a nuestro Derecho Civil que no dota de naturaleza asistencial a la pensión compensatoria, como si la tiene la pensión de alimentos; sin embargo, en el Derecho civil catalán tiene cabida el carácter asistencial de la pensión compensatoria; de modo que deviene irrenunciable en la parte de la prestación que tenga tal carácter. El artículo 231-16.1 del Código Civil catalán dispone al respecto: *"1. En previsión de ruptura matrimonial puede pactarse sobre la modalidad, cuantía, duración y extinción de la prestación compensatoria, de acuerdo con el artículo 231-20; 2. Los pactos de renuncia no incorporados a un convenio regulador no son eficaces en lo que comprometan la posibilidad de atender a las necesidades básicas del cónyuge acreedor"*.

Si bien, GARCIA MAYO considera que en el derecho civil común hay que atender a que la pensión compensatoria no tiene naturaleza asistencial o alimenticia; cuestión distinta para el autor es que "en determinados supuestos o circunstancias, cuando el cónyuge beneficiario se encuentre en situación de necesidad, la pensión compensatoria reconocida acabe haciendo las veces —cumplimiento la función— de pensión alimenticia —cubriendo esa necesidad— pero lo hace indirectamente, sin que esa sea su naturaleza, pues no es la necesidad un presupuesto para el reconocimiento de la compensación contemplada en el artículo 97 del Código Civil"[210].

En este contexto, se consideran válidos los que fijan el pago de una renta vitalicia, que no es una pensión compensatoria. Así en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de junio de 2015[211] no resulta de aplicación el artículo 97 del Código Civil, ni por la misma razón el artículo 100 del citado cuerpo legal, sobre la aparición de circunstancias sobrevenidas. Sin perjuicio, como analizaremos en otro apartado, se invoca la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* y la posible moderación de lo pactado. Aplicada la doctrina al caso de autos, se rechaza por la Sala la moderación o extinción de la renta vitalicia pactada, pues, no se provoca una especial onerosidad en las prestaciones, ni la situación actual de los contratantes era difícilmente previsible, dado que ambos mantienen una desahogada situación financiera al igual que la existente al momento de los pactos, por lo que ninguna variación se ha producido, razón que nos lleva a la aplicación del artículo 1258 del Código Civil que determina algo tan elemental como que los contratos han de ser cumplidos. Asimismo, la sentencia de este mismo Tribunal y Sala, de 14 de marzo de 2018[212] se fijó el pago de la pensión compensatoria teniendo en cuenta el acuerdo al que llegaron los esposos en forma de indemnización en una sola entrega, en ningún caso de forma periódica y está dirigida a la compra de una determinada vivienda, es decir, vino a dar valor vinculante a este compromiso, cuya extinción ahora pretende. Esto es ambas partes en el ejercicio de sus propios derechos y obligaciones llegaron de forma negociada a la fijación de una pensión compensatoria en una prestación de tracto único, que fue tenido

en cuenta en la sentencia de divorcio para el pago de una vivienda que servía de domicilio a la esposa e hijos y que configuró una obligación líquida, vencida y exigible e incluso ejecutada en procedimiento de familia. De ahí que, se concluye que fuera cual fuera la razón y el origen de este pacto, que no se ha impugnado, no es posible la extinción de la pensión compensatoria pactada de esta forma, porque en realidad, en dicho pacto, que la sentencia tuvo en cuenta al margen de la ratificación por uno de los cónyuges, como dice la sentencia 9/2018, de 10 de enero, no se contempla realmente el desequilibrio, sino que se acuerda el pago de una cantidad, abstracción hecha del mismo y de las circunstancias posteriores en el ámbito económico de las partes".

2. Pactos relativos al derecho de compensación por el trabajo en casa

En el régimen de separación de bienes los cónyuges han de contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio, de la manera que hubieran pactado y, en defecto de convenio, proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos, como resulta del artículo 1438 del Código Civil.

El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación de bienes. Resulta habitual que la obligación de participar en la satisfacción de las mencionadas cargas se lleve a efecto por ambos cónyuges con los ingresos procedentes de sus respectivos trabajos, pero ello no cercea la posibilidad de la prestación exclusiva en especie por parte de uno de ellos, mediante la realización de las tareas domésticas y de cuidado de los hijos comunes. Esta contribución mediante el trabajo para casa se hace de forma gratuita, sin percepción de ningún salario a cargo del patrimonio del otro consorte, pero ello o significa que no sea susceptible de generar una compensación, al tiempo de la extinción del régimen económico matrimonial, que no supone una adjudicación de bienes, sin perjuicio que, por acuerdo entre las partes, se pueda indemnizar de tal forma.

En este sentido, la jurisprudencia ha proclamado que el trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de finalización del régimen[213]. Por lo que, la dedicación personal en la ejecución de las labores domésticas, atención a los miembros de la familia, cuidados del hogar, dirección de la casa, podrán ser valoradas a los efectos de fijar la compensación del artículo 1438 del Código Civil. Se ha empleado de forma gráfica para conceptuar tal derecho, la expresión de salario diferido; si bien, en estricta técnica jurídica no es tal, pues, no estamos ante una retribución de una relación de trabajo dependiente y subordinada. En definitiva, cada cónyuge ha de contribuir, como pueda y hasta donde pueda hacerlo, en el proyecto común de convivencia marital. En este contexto, esta Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, a partir de la sentencia de 14 de julio de 2011[214] fijo la siguiente doctrina, ratificada por otras ulteriores como la sentencia de 14 de marzo de 2017[215]: "El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con el trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya

contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge". Asimismo, las posibles dudas interpretativas que habían suscitado en la decisión de algunas Audiencia Provinciales determinó que las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de marzo de 2015; de 14 de abril de 2015; y de 25 de noviembre de 2015[216] señalasen que: "(…) exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente ("solo con el trabajo realizado para la casa"), lo que impone reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa, y no excluirla, de otro, cuando esta dedicación siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio y con ayuda externa, pues, la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento". No obstante, con posterioridad, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y del Pleno de la Sala de lo Civil, de 26 de abril de 2017[217] complementó la jurisprudencia de este Tribunal, dando una interpretación a la expresión normativa "trabajo para la casa", que no cercenase la aplicación del artículo 1438 del Código Civil, cuando se trata de actividades profesionales o negocios familiares precisando que: "Por tanto, esta Sala debe declarar que, la colaboración en actividades profesionales o negocios para la casa que da derecho a una compensación, mediante una interpretación de la expresión "trabajo para la casa" contenida en el artículo 1438 del Código Civil, dado que con dicho trabajo se atiende principalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar. Con este pronunciamiento se adapta la jurisprudencia de esta Sala, recogida entre otras, en sentencia 534/2011 y 135/2015, al presente supuesto en el que la esposa no sólo trabajaba en el hogar, sino que además trabajaba en el negocio familiar (del que era titular su suegra) con un salario moderado y contratada como autónoma en el negocio de su suegra, lo que le privaba de indemnización por despido, criterio que ya anticipaba en sentencia 136/2017, de 28 de febrero que atiende para denegar el derecho a la compensación económica citada a que la realización del trabajo fuera del hogar se ha realizado "por cuenta ajena"". Por otra parte, la sentencia de 25 de noviembre de 2015, cuya doctrina se ratificó en sentencia de 5 de mayo de 2016[218] ha señalado al respecto que: "La forma de determinar la cuantía de la compensación ofrece algunos problemas. En la sentencia de esta Sala de 14 de julio de 2011 se dijo que el artículo 1438 del Código Civil se remite al convenio, o sea a lo que los cónyuges, al pactar el régimen, puedan establecer respecto a los parámetros a utilizar para fijar la concreta cantidad debida y la forma de pagarla. Ahora bien, esta opción no se utiliza, como sería deseable, ni se ha utilizado en este caso, por lo que entonces será el juez quien deba fijarla, para lo cual el Código Civil no contiene ninguna orientación que no sea la que resulta de una norma especial en el marco del régimen económico matrimonial de separación de bienes y no del de participación de los artículo 1441 y siguientes del Código Civil. Una de las opciones posibles es el equivalente al salario mínimo interprofesional o la equiparación del trabajo con

el sueldo que cobraría por llevarlo a cabo una tercera persona, de modo que, se contribuye con lo que se deja de desembolsar o se ahorra por a falta de necesidad de contratar este servicio ante la dedicación de uno de los cónyuges a cuidado del hogar. Sin duda es un criterio que ofrece unas razonables y objetivas pautas de valoración, aunque en la práctica pueda resultar insuficiente en cuanto se niegan al acreedor alguno de los beneficios propios de los asalariaos que revierten en el beneficio económico para el cónyuge deudor y se ignora la cualificación profesional de quien resulta beneficiado. Pero nada obsta a que el juez utilice otras opciones para fijar finalmente la cuantía de la compensación, teniendo en cuenta que uno de los cónyuges sacrifica su capacidad laboral o profesional a favor del otro, sin generar ingresos propios, ni participar en los del otro".

Ahora bien, el trabajo para la casa no es excluyente, en el sentido que impida beneficiarse de la compensación económica del artículo 1438 del Código Civil, por la circunstancia que cuente con ayuda externa (sentencias 614/2015, de 25 de noviembre; 678/2015, de 11 de diciembre; y 136/2017, de 28 de febrero). Y, a diferencia de lo que sucede con el artículo 232-5 del Código Civil catalán que condiciona el derecho a obtener la compensación económica por un cónyuge a que "el otro haya obtenido un incremento patrimonial superior", estableciendo, además, un límite a dicha indemnización, el Código Civil no exige dicho requisito, ni fija ningún tope cuantitativo a la compensación económica procedente. De ahí que, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de julio de 2011[219]; de 31 de enero de 2014[220]; (Pleno) de 26 de marzo de 2015[221]; de 25 de noviembre de 2015[222]; de 11 de diciembre de 2015[223]; de 28 de febrero de 2017[224]; y, de 11 de diciembre de 2019[225] han excluido la exigencia de enriquecimiento del deudor, que debe pagar la compensación por el trabajo doméstico.

En todo caso, la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil no es incompatible con la compensación liquidatoria del régimen de separación de bienes del artículo 1438 del citado cuerpo legal; de manera tal que cabe fijar la cuantía de ambas y ser conjuntamente percibidas por el cónyuge acreedor. Mientras que la compensación del artículo 1438, lo que valora es la dedicación pasada a la familia por el trabajo para la casa, la pensión compensatoria del artículo 97 tiene en cuenta tanto la pasada como la futura, tras la disolución del vínculo matrimonial. Ésta se basa en el desequilibrio económico en relación a la posición del otro cónyuge, que implica un empeoramiento en su posición anterior en el matrimonio; mientras que el artículo 1438 pretende compensar la aportación al levantamiento de las cargas familiares, que no deja de constituir una obligación de ambos consortes proporcionalmente a sus ingresos y/o posibilidades (artículos 1318 y 1438 del Código Civil)[226]. La pérdida de oportunidades laborales es contemplada en la apreciación del desequilibrio económico y en la cuantificación de la pensión compensatoria[227].

Sobre tales bases, en cuanto a lo que representa los pactos relativos al derecho de compensación por el trabajo para la casa las mayores dudas se pueden suscitar en torno a su posible exclusión preventiva. Se consideran válidos los pactos por el que, la futura esposa renuncia a la compensación regulada en el artículo 1438 del Código Civil por el trabajo realizado para la casa y el pacto por el que los futuros cónyuges fijan de antemano su cuantía[228]. Asimismo, se destaca que no se trata de un supuesto de renuncia, sino que el citado artículo 1438 se inserta en la regu-

lación establecida para el régimen de separación de bienes; por tanto, dentro de libertad capitular que corresponde a los cónyuges para establecer los regímenes matrimoniales, se puede pactar en capitulaciones matrimoniales un régimen de absoluta separación[229]. Por lo que no sólo se puede acordar la supresión de la compensación, sino también su modulación (reducción o incremento)[230].

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de marzo de 2023[231] en esta línea después de recordar que "nos encontramos ante unos pactos en previsión de crisis matrimonial, plenamente admisibles como negocios de familia, siempre que se cumplan los requisitos de los contratos (en especial, el artículo 1261 del Código Civil) y que respeten los límites infranqueables que resultan de la Constitución y del resto del ordenamiento (artículos 1255 y 1328 del Código Civil), en el entendido que el orden público como límite a la autonomía de la voluntad para la ordenación de los efectos de la crisis matrimonial se idéntica sustancialmente con los principios y valores constitucionales. Así los pactos no pueden romper la igualdad jurídica en la posición de los esposos, dando lugar a situaciones de sumisión en lo personal o en lo patrimonial, ni excluir la libertad personal de permanecer o poner fin a la relación matrimonial (artículo 32 de la CE), ni se contrarios al interés de los hijos menores (artículo 39 de la CE). Tampoco pueden contravenir normas imperativas, como la renuncia a alimentos futuros, cuando procedan", precisa en relación con la regulación del Código Civil en relación con la compensación por desequilibrio y la compensación por el trabajo para la casa que "tienen carácter disponible tanto en su reclamación que, puede renunciarse, como en su configuración. Ambas se conceden solo a petición de parte y su determinación judicial debe hacerse teniendo en cuenta los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges (artículo 97 del Código Civil para la compensación por desequilibrio), o a falta de acuerdo entre los cónyuges (artículo 1438 del Código Civil para la compensación por el trabajo doméstico). Los acuerdos sobre estos derechos, y, en particular, los que incluyen su renuncia, pueden formar parte de convenios reguladores de la crisis matrimonial que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90.2 del Código Civil "serán aprobado por el juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges". Se introduce así con carácter excepcional un denominado "control de lesividad" que resultaría también aplicable a los pactos prematrimoniales que incluyan contenido propio de un convenio regulador. Por la excepcionalidad con la que se regula, es evidente que la lesividad no puede apreciarse sin más por el hecho que se renuncie a derechos que corresponderían legalmente en caso de no existir renuncia, pero que se configuran por el legislador como derechos disponibles".

Sobre tales bases, continua la Sala señalando que "partiendo del respeto a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, la validez de sus acuerdos exige la formación libre del consentimiento. En el caso, no se ha denunciado por la esposa ningún vicio del consentimiento, ni tampoco cabe presumir una relación de superioridad del futuro esposo respecto de ella que diera lugar a que su consentimiento no fuera libremente formado y emitido. Se trata de un matrimonio celebrado por dos personas con cierta madurez, que llevaban cuatro años de relación sentimental, incluido un periodo de convivencia. Cuando otorgaron las capitulaciones, días antes de contraer matrimonio, los dos se encontraban divorciados (él con tres hijos de su matrimonio anterior e importantes cargas económicas), es decir, contaban

con una experiencia matrimonial fracasada y el conocimiento de lo que eso conlleva. La futura esposa disponía de una trayectoria profesional y vital que impide hablar de una parte "débil" o ignorante que pudiera haber padecido error sobre las consecuencias de su renuncia: tenía en ese momento 43 años y era, según ha mantenido el recurrente y ella no ha negado, licenciada en economía y empresaria autónoma". Por otra parte, como precisa la citada resolución "la intervención de notario que autoriza la escritura pública de capitulaciones matrimoniales garantiza que la futura esposa pudiera ser consciente de lo que implicaba la renuncia que firmada y en este sentido, resulta significativo que en la escritura el notario hiciera constar lo siguiente "manifiestan, asimismo, los señores compareciente, aun advertidos por mí (el notario) de la trascendencia y contundencia de este pacto que quieren pactar y, en efecto, pactan que, en caso de disolución, divorcio o nulidad del matrimonio proyectado nada se reclamarán el uno al otro por ningún concepto o acción que pudiera generarse por razón del matrimonio, la convivencia, gastos, bienes, derechos u obligaciones matrimoniales, independientemente de la cuantía de los ingresos de cada uno de ellos. A excepción de las acciones que amparen a los hijos comunes, en su caso". Por lo que, continúa la Sala "partiendo de un consentimiento libre y consciente, en el caso debemos rechazar que pueda apreciarse, por el contenido del pacto y su objeto, referido a derechos patrimoniales disponibles, algún límite a la autonomía privada que permita considerar que es lesivo. Como hemos dicho, para ello no es suficiente que en el momento de la disolución del matrimonio concurran los presupuestos para el reconocimiento de los derechos a que se ha renunciado, por entender que así convenía a sus intereses. En la escritura se exoneró al futuro esposo de contribuir a las cargas del matrimonio y ambos se reconocieron "la suficiente formación y cualificación profesional como para poder ejercer una actividad profesional que les permita satisfacer a día de hoy sus necesidades privativas de manera independiente, así como cooperar, de manera proporcional a sus respectivos recursos económicos, al sostenimiento de los gastos comunes y cargas del matrimonio". Además, en el momento de celebrarse el pacto, partiendo del reconocimiento de la cualificación y capacidad de ambos y, en consecuencia, de la posibilidad de obtención de ingresos propios y de la voluntad de mantener esa situación independientemente de la cuantía de sus patrimonios, la renuncia preventiva no puede considerarse lesiva para la esposa. En el caso, tampoco se perjudican los intereses del hijo común que, queden garantizados por los alimentos reconocidos a su favor, en los términos que ya se han expuesto.

No obstante, se parte de la posibilidad de que aparezcan circunstancias no previstas que pueden colocar a un cónyuge en una situación que, por no serle imputable, puede hacer irracional exigir el cumplimiento de las previsiones negociales de los esposos. Si bien, no es el caso de autos, ni por ello, puede aceptarse el argumento de la sentencia recurrida acerca de que no se han cumplido las premisas de la renuncia porque el Sr. Julio continuara ejerciendo actividades profesionales remuneradas y llegado el nacimiento del hijo común, la Sra. Covadonga se dedicara a su cuidado, sin que el cuidado personal del Sr, Julio fuera paritario. En el propio pacto, las partes acordaron la posible contratación de terceros que complementasen la función de cuidado de los hijos, y la sentencia recurrida (al cuantificar las prestaciones que reconoce) tiene en cuenta que la dedicación de la

esposa no fue "excluyente". En todo caso, señala el Alto Tribunal, si en relación a la dedicación personal de la esposa, se dieran, además, todos los respectivos presupuestos legalmente exigidos para uno y otra figura, podría dar lugar al reconocimiento del derecho a la prestación compensatoria y de la compensación económica por el trabajo, pero no permite concluir que la renuncia previa a tales derechos sea ineficaz, tal y como se ha advertido ya por la Sala. Precisamente, en el caso no se ha alegado, ni la sentencia menciona, que por alguna circunstancia extraordinaria la esposa no pudiera trabajar, primero tras la celebración del matrimonio y luego tras el nacimiento del niño. Tampoco se ha alegado que por concurrir alguna circunstancia fuera de lo común el cuidado del niño requiera de una dedicación especial que, al ser asumida en exclusiva por la madre, la hubiera colocado, por no poder trabajar, en una situación de precariedad económica que las partes no pudieron contemplar al pactar las consecuencias económicas de un eventual divorcio. En consecuencia, se parte del presupuesto común de las previsiones de los futuros esposos ha sido que ambos contaban con capacidad para obtener ingresos separados y su voluntad libre fue mantener esa situación de total independencia de los patrimonios y excluir las prestaciones económicas y compensaciones que, de no mediar la renuncia, pudieran ser exigibles. En esencia, el presupuesto común de las previsiones de los futuros esposos fue que ambos contaban con capacidad para obtener ingresos separados y su voluntad libre fe mantener esa situación de total independencia de los patrimonios y excluir las prestaciones económicas y compensaciones que, de no mediar renuncia, pudieran ser exigibles. Y ello según recoge el pacto "independientemente de la cuantía de los ingresos de cada uno" que tal como resulta acreditado en la instancia, eran desiguales con anterioridad a la celebración del matrimonio. De acuerdo con lo expuesto, procede estimar parcialmente el recurso de casación y declarar no haber lugar a establecer pensión compensatoria a favor de la esposa, ni tampoco a la indemnización al amparo de lo establecido en el artículo 1438 del Código Civil.

En esta sentencia del Tribunal Supremo declara válidos los pactos prematrimoniales que contienen la renuncia a pensión por dedicación a la familia y compensatoria. Por ello, se revoca parcialmente la sentencia recurrida en cuanto reconoció a la ex esposa una pensión compensatoria y por dedicación a la casa y a la familia, pues, privó de eficacia a la renuncia contenida en capitulaciones matrimoniales otorgadas con anterioridad al matrimonio que, se regiría por el régimen de separación de bienes y que, en caso de divorcio, nada se reclamarían los esposos por cualquier concepto acción que, pudiera generase por razón del matrimonio. Asimismo, se sigue operando a favor de la admisión con amplitud del juego de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones económicas entre las personas casadas. Se trata de pactos en previsión de una crisis matrimonial, plenamente admisibles como negocios de familia siempre que se cumplan los requisitos de los contratos. Además, no se ha denunciado por la esposa ningún vicio del consentimiento, ni tampoco cabe presumir una relación de superioridad del futuro esposo respecto de ella que diera lugar a que su consentimiento no fuera libremente formado y emitido. Tampoco se perjudican los intereses del hijo común que quedan garantizados por los alimentos reconocidos a su favor. Los pactos objeto de discusión se incluyeron en una escritura de capitulaciones en las que, además de pactar, como hemos señalado, el régimen de separación de bienes,

acordaron las partes ante notario que "en caso de disolución, divorcio o nulidad del matrimonio proyectado nada se reclamarán el uno al otro por ningún concepto o acción que pudiera generarse por razón del matrimonio, la convivencia, gastos, bienes, derechos u obligaciones matrimoniales, independientemente de la cuantía de los ingresos de cada uno". Precisamente, la intervención de notario autorizando la escritura pública de capitulaciones matrimoniales garantiza que la futura esposa sea consciente de lo que implica la renuncia que firma.

Ahora bien, también señala la Sala que en la regulación del Código Civil la compensación por desequilibrio económico y la compensación por el trabajo para la casa tiene carácter disponible, tanto en su reclamación, que puede renunciarse, como en su configuración. Los acuerdos sobre estos derechos y, en particular, los que incluyen su renuncia, pueden formar parte de convenios reguladores siempre que no sean lesivos para una de las partes. Además, para su validez, exigen la formación libre del consentimiento. Como hemos manifestado, en el presente caso, en el momento de celebrarse el pacto, partiendo del reconocimiento de la cualificación y capacidad de ambos y de la posibilidad de obtención e ingresos propios y de la voluntad de mantener esa situación independientemente de la cuantía de sus patrimonios, tal renuncia preventiva no puede considerarse lesiva para la esposa. A tal fin, no resulta suficiente que en el momento de la disolución del matrimonio concurran los presupuestos para el reconocimiento de los derechos a que se ha renunciado, pues, precisamente, esa es la finalidad del pacto que los futuros esposo pactaron libremente por entender que convenía a sus intereses. Sobre tales bases y ante el hecho que estamos ante derechos patrimoniales disponibles no puede apreciarse límite a la autonomía privada que permita considerar lesivo al pacto.

En fin, es posible que en momento de la ruptura aparezcan circunstancias no previstas que puedan colocar a un cónyuge en una situación imprevista, no imputable que, puede hacer irracional exigir el cumplimiento de las previsiones negociales acordadas por los esposos (aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* que analizaremos). En el caso en cuestión no se ha alegado, ni la sentencia lo menciona que, por alguna circunstancia extraordinaria la esposa no pudiera trabajar, primero tras la celebración del matrimonio y luego tras el nacimiento del hijo. Tampoco se ha alegado que por concurrir alguna circunstancia fuera de lo común respecto al cuidado del niño que requiriese una dedicación especial que, al ser asumida exclusivamente por la madre, la hubiera colocado en una situación de precariedad económica que las partes no pudieron contemplar al pactar las consecuencias económicas del divorcio. La realidad es que las previsiones en las que operaron los futuros esposos eran que ambos contaban con capacidad para obtener ingresos separados y su voluntad libre fue mantener una total independencia de patrimonio y excluir las prestaciones económicas y compensatorias que, de no mediar la renuncia, les pudieran corresponder.

En este contexto, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª, de 13 de mayo de 2022[232], por su parte, tras manifestar que el consentimiento a los pactos en previsión de ruptura fue consciente contando con asesoramiento necesario y conociendo las circunstancias económicas en las que se encontraban ambos cónyuges, esto es, el consentimiento fue plenamente informado y se prestó en debida forma, se indica que, la renuncia a la compensación económica por razón del trabajo es clara y precisa. Se

trata de una renuncia que puede realizarse en el marco general del artículo 231-20 del Código Civil catalán y en el específico del artículo 232-7 del citado cuerpo legal conforme al cual en previsión de una ruptura matrimonial o de disolución del matrimonio por muerte puede pactarse el incremento, reducción, o exclusión de la compensación económica por razón del trabajo. Además, los pactos eran recíprocos por lo que reúnen todos los requisitos legales para su eficacia.

En contra de estos argumentos favorables se alega que, el artículo 1438 del Código Civil forma parte del régimen primario, pues se relaciona con el deber de los cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas familiares y a la consideración de que implica una vulneración del principio de igualdad entre los cónyuges, además de contradecir el principio general que prohíbe el enriquecimiento injusto que, es irrenunciable *a priori*, y este precepto supone una aplicación del mismo[233].

En relación también con este régimen de separación de bienes, se apunta la posibilidad de acordar pactos presuntivos y la atribución de la titularidad con el objeto de no aplicar o matizar la regla general prevista en el artículo 1441 del Código Civil[234].

3. Otros posibles acuerdos patrimoniales: sociedad de gananciales y liquidación de la comunidad conyugal

Otros posibles acuerdos que se pueden incluir en estos pactos preventivos, son los relativos al régimen económico del matrimonio en sede de gananciales. Así se admiten aquellos pactos que modifican este régimen incorporando la renuncia a participar en determinadas ganancias del otro cónyuge consecuencia de una determinada actividad; pactos en torno a la calificación de bienes dudosos (fondos de inversión, pensiones anticipadas etc.); pactos relativos a las facultades gestoras de ambos cónyuges; pactos relativos a la ampliación de las cargas de la sociedad conyugal; pactos relativos a la disolución de la sociedad de gananciales, además de lo prevenido en los artículos 1324 y 1355 del Código Civil en cuyo ámbito operativo juega, asimismo, la autonomía de la voluntad[235]. PAZ ARES señala los siguientes posibles pactos: en primer lugar, los actos relativos a la calificación de bienes dudosos; en segundo lugar los actos relativos a la ampliación de las cargas de la sociedad de gananciales; en tercer lugar, la regulación de las facultades gestoras; y, en cuarto lugar, las previsiones sobre la disolución[236]. Por el contrario, se consideran nulos los pactos que excluyan de responsabilidad los bienes gananciales o privativos del cónyuge deudor respecto de las obligaciones contraídas por ambos o por uno solo de ellos con el consentimiento del otro (artículos 1367 y 1369 del Código Civil).

En cuanto a los pactos de liquidación de la comunidad conyugal, sería admisibles aquellos pactos de adjudicación preferente de bienes distintos de los que determina la previsión legal del artículo 1406 del Código Civil; pactos relativos a los modos de liquidación[237]; pactos en los que se fijan los criterios para valorar los bienes; pactos en los que se concreta el pago de las deudas entre cónyuges; de adjudicación de obligaciones pendientes; o, en fin, los relativos a la atribución de la propiedad de la vivienda familiar o de otros bienes inmuebles, pues forman parte de la libertad

que corresponde a los cónyuges para organizar la economía de su matrimonio. Se trata de pactos válidos y eficaces sin necesidad de aprobación judicial, sean formalizados durante la vida ordinaria del matrimonio o en situación de crisis[238].

Otra modalidad distinta y más problemática de los pactos liquidatorios son aquellos en los que se excluye la aplicación de las normas de liquidación legalmente establecidas para el régimen matrimonial. Contra estos pactos se puede invocar el principio de igualdad entre los cónyuges y los límites que para un reparto desigual impone el artículo 1429 del Código Civil en sede de participación de bienes y, en sede de gananciales el carácter imperativo del artículo 1404 que, impone un reparto por mitad. Si bien, a favor de los mismos, se puede alegar la libertad capitular para la configuración de regímenes atípicos y la interpretación defendida del principio de igualdad, siendo posible un pacto de distribución desigual, siempre que la desigualdad no suponga privar a uno de los cónyuges de toda participación en el haber común, pues, en este caso, se vulneraría el artículo 1691 del Código Civil.

En este contexto, son perfectamente válidos aquellos pactos en los que se convenga un régimen económico para el futuro matrimonio, siempre que se cumpla la forma legalmente establecida de su plasmación en escritura pública (artículo 1327 del Código Civil). Al respecto, no se podrían considerar válidos los pactos en lo que se pretendiese alterar el régimen económico matrimonial primario por ser contrario a normas imperativas, especialmente las relativas a levantamiento de las cargas del matrimonio y el ejercicio de la potestad doméstica (artículo 1318 y 1319 del Código Civil)[239].

4. Pactos relativos a la vivienda familiar

Por otra parte, también se destaca dentro del contenido de estos pactos preventivos, los relativos a la disponibilidad de la vivienda[240], renuncia a un derecho de uso[241] y, a la atribución del uso de la vivienda familiar. Éstos últimos plantean especiales problemas cuando lo que se pretende es excluir de la atribución del uso al cónyuge no titular. Si se trata de un matrimonio sin hijos, la mayor parte de la doctrina se inclina por entender que, el eventual derecho que pudiese tener el cónyuge no titular —por ser su interés el más necesitado de protección— es disponible y, por ende, renunciable (acuerdo de los cónyuges al que se refiere el artículo 96.3 del Código Civil), con el único límite del control judicial posterior, dirigido a evitar que el acuerdo prematrimonial sea "gravemente perjudicial para uno de los cónyuges"[242]. De todas formas, se puede atribuir la vivienda al cónyuge no titular, si su interés fuera el más necesitado de protección sobre la base de la previsión legal contenida en el citado artículo 96.3 del Código Civil. Por lo que, el pacto por el que se excluye de la atribución al cónyuge más necesitado de protección sería ineficaz atendiendo a tal previsión legal[243]. En cambio, tratándose de matrimonio con hijos, parece imponerse la tesis de la indisponibilidad del derecho y queda supeditado a la aprobación judicial (artículo 96.1 del Código Civil). Será, por tanto, el juez quien debe valor si el pacto prematrimonial es "dañoso para los hijos" (artículo 90.2 del Código Civil). El interés del menor se erige en principio fundamental para la atribución del uso, y se atribuye habitualmente al cónyuge custodio (artículo 96.1 del Código Civil)[244]. En esta línea, el artículo 233-21.3 del Código

Civil catalán contempla la posibilidad que, en previsión de ruptura matrimonial, puede pactarse tanto la atribución o distribución de uso de la vivienda como sobre las modalidades de este uso, pero establece una limitación "no son eficaces los pactos que perjudiquen el interés de los hijos". Con respecto, a la existencia de hijos menores de edad emancipados o mayores de edad, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 90.2 apartado 4 del Código Civil respecto a los acuerdos ante notario (divorcio notarial) o ante el Letrado de la Administración de Justicia, no procederán aquellos que sean dañosos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges o para los hijos mayores de edad o menores emancipados. Por tanto, serán válidos los acuerdos no perjudiciales respecto del uso de la vivienda cuando hay hijos mayores de edad o menores de edad emancipados[245].

Por otra parte, se ha planteado la viabilidad de pactos prematrimoniales que decidan sobre el destino del inmueble común adquirido por ambos cónyuges, así sobre su venta y el reparto del precio obtenido por la misma en proporción a las respectivas aportaciones de los cónyuges; también los pactos en los que se decida sobre la atribución de la titularidad de la vivienda familiar adquirida por ambos a uno de ellos, y el reintegro de la mitad de las cuotas o aportaciones realizadas por el no adjudicatario o el pago de un alquiler de otra vivienda en determinada zona, precisamente, para el cónyuge no adjudicatario[246]; o, en fin, la pérdida del uso de la vivienda al cónyuge custodio en el caso de ocupación de la vivienda por la nueva pareja (matrimonial o no) del cónyuge beneficiario. Por analogía con el artículo 101 del Código Civil parece admitirse la validez de este pacto "limitativo" de la atribución de la vivienda, siempre que no perjudique gravemente el interés de los menores[247].

5. Pactos sobre alimentos.

En cuanto a los pactos de alimentos a la luz del artículo 151 del Código Civil está claro que no caben los pactos preventivos. Se trata de un derecho intransmisible e irrenunciable, sobre el que tampoco se puede transigir *ex* artículo 1814 del citado cuerpo legal; por lo que, está claro que, no caben los pactos preventivos que excluyan la obligación de alimentos (ni respecto a los hijos ni entre cónyuges para el hipotético supuesto de separación de hecho).

Así, en relación con los acuerdos sobre alimentos presentes que, son frecuentes y de hecho forman parte del contenido mínimo del artículo 90 del Código Civil, hay que señalar que, su presunto valor vinculante solo opera cuando estamos ante alimentos convencionales (voluntarios)[248]. De todas formas, lo expuesto no obsta para que se puedan alcanzar acuerdos sobre su cuantía, así como sobre sus bases de actualización; si bien, sometidos a control judicial.

6. Pactos relativos a la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos menores de edad no emancipados, y guarda y custodia de animales de compañía

Una vez concretados los pactos relativos a los cónyuges en la esfera personal y en la esfera patrimonial, corresponde referirnos a los pactos relativos a los hijos sometidos a patria potestad. En lo que se refiere a la forma de ejercicio de ésta, se

puede acordar al amparo del artículo 92.4 en relación con el artículo 156 ambos del Código Civil que, el ejercicio corresponda a ambos, o a uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, o que se distribuyan entre ellos las funciones. Asimismo, se puede pactar la forma de administrar o enajenar los bienes pertenecientes a los hijos menores de edad[249]. Ahora bien, con respecto a los acuerdos relativos a la educación de los hijos en caso de separación o divorcio, mientras una parte de la doctrina los rechaza por tratarse de un norma de orden público, y no cabe el juego de la autonomía de la voluntad, siendo, en consecuencia, nulo el acuerdo; otros se inclinan por su admisión siempre que tengan lugar en el mismo momento de la ruptura, no en un momento previo ante el peligro que pueda resultad dañoso para los hijos. Acertadamente señala HIJAS CID que "debería rechazarse de plano aquellos acuerdos que prohíben a uno de los progenitores ejercitar cualquier influencia religiosa sobre sus hijos o que impidan pactar a uno de los padres practicar su religión, personalmente, cuando se encuentre en el hogar en presencia de sus hijos"; siendo, sin embargo, aceptables "los pactos que van dirigidos a que el hijo reciba una determinada educación religioso fuera del hogar"[250].

En cuanto a la guarda y custodia en caso de separación o divorcio se puede convenir la modalidad de guarda y custodia compartida (artículo 92 del Código Civil), así como fijar en caso de guarda y custodia en exclusiva para uno de los cónyuges, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el otro progenitor no custodio, o, el régimen de visitas de otros familiares como los abuelos; o el reparto de los tiempos de convivencia y cuidado, si fuera necesario, así como las cargas asociadas al cuidado del animal[251]. Como medidas contenidas en convenio regulador el artículo 90.1 a) del Código Civil han de someterse a control judicial. De contenerse en un pacto prematrimonial, la guarda y custodia exclusiva como compartida, ha de acordarse en interés de los menores y bajo el correspondiente control judicial.

En todo caso, recordemos la posibilidad de pactar anticipadamente en el llamado plan de parentalidad contenido en el Código Civil catalán, la forma en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales: el artículo 233-11.1 f) del citado cuerpo legal establece que, para determinar el régimen y la manera de ejercer la guarda, hay que tener en cuenta las propuestas de plan de parentalidad y, en particular, los criterios y las circunstancias siguientes ponderados conjuntamente: "f) Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento". Asimismo, se puede hacer constar los compromisos que, asumen respecto de la guarda, cuidado y la educación de los hijos (artículo 233-9). Al respecto señala, en cuanto a su eficacia, el artículo 233-10.1 que *"la guarda debe ejercerse de la forma convenida por los cónyuges en el plan de parentalidad, salvo que resulte perjudicial para los hijos"*[252].

Por su parte, el artículo 233-5-3 los pactos en previsión de una ruptura matrimonial otorgados de acuerdo con el artículo 231-20 y los adoptados después de la ruptura de la convivencia que no formen parte de una propuesta de convenio regulador vinculan a los cónyuges; si bien, los pactos en materia de guarda y de relaciones personales con los hijos menores, así como los de alimentos en favor de estos, solo son eficaces si son conformes a su interés en el momento en que se pretenda el cumplimiento.

Sobre tales bases, no se consideran válidos, por un lado, los pactos de privación de la titularidad de la patria potestad, al ser ésta irrenunciable, imprescriptible e indisponible, y solo cabe la privación por sentencia judicial (artículo 170 del Código Civil)[253]; y, por otro, los que establecen convenios automáticos del progenitor custodio, asociados al acaecimiento de hechos que, coarten su libertad[254].

Por otra parte, en este ámbito de pactos prematrimoniales en relación con los hijos comunes menores de edad son habituales los que cuantifican la pensión alimenticia, que hay que satisfacer a éstos, asimismo, se puede concretar los criterios que van a posibilitar la determinación de la pensión, o, incluso la constitución de garantías para su cumplimiento[255].

En todo caso, como señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de octubre de 2018[256] "los acuerdos sobre medidas relativas a los hijos comunes, menores de edad, serán válidos siempre y cuando no sean contrarios al interés del menor y con la limitación impuesta en el artículo 1814 del Código Civil, esto es, que no cabe renunciar, ni disponer del derecho del menor a la pensión de alimentos, ni puede compensarse con una deuda entre los progenitores, ni someterse condicionalmente en beneficio de los menores.

Ahora bien, con respecto a los animales de compañía (seres sintientes) procede señalar que, en convenio regulador o, en su caso, en un pacto pre-ruptura se puede acordar el destino de los animales de compañía en el supuesto de crisis matrimonial o de pareja, teniendo en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar animal. Se podrá fijar la guarda y custodia (que puede ser exclusiva de uno de los copropietarios o compartida), esto es, el reparto de los tiempos de convivencia y cuidado del animal, un eventual régimen de visitas, así como las cargas asociadas al cuidado del animal (artículo 90 b) bis del Código Civil). En todo caso, si estos acuerdos fueran gravemente perjudiciales para el bienestar de los animales de compañía, la autoridad judicial podrá ordenar las medidas a adoptar sin perjuicio del convenio aprobado.

Si los acuerdos se formalizasen ante el letrado de la administración de justicia o notario, éstos podrán advertir a los otorgantes que, a su juicio lo acordado resulta gravemente perjudicial para el bienestar de los animales de compañía y, en consecuencia, dar por terminado el expediente. En este supuesto, los cónyuges sólo podrán acudir ante el juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador (artículo 90.2 apartado 4 del Código Civil).

En fin, las medidas adoptadas en convenio o, en su caso, en pactos prematrimoniales en previsión de ruptura podrán ser modificadas en relación con los animales de compañía, si se hubieran alterado gravemente las circunstancias en que se acordaron (artículo 90.3 apartado 3 del Código Civil).

7. Pactos que afectan a derechos fundamentales o pueden vulnerar normas imperativas

Corresponde en este apartado referirnos a la existencia de posibles pactos prematrimoniales cuya validez puede ser cuestionada por afectar a derechos fundamentales constitucionalmente regulados, o vulnerar normas imperativas. Así se consideran inválidos los acuerdos prematrimoniales que, supongan la eliminación del cumplimiento de alguno de los deberes conyugales que constituyen el

contenido esencial del matrimonio. Por lo que, con respecto al pacto por el que se acuerda una indemnización consistente en dinero o en cualquier otra prestación patrimonial en caso de infidelidad, esto es, ante el incumplimiento del deber de fidelidad por uno de los futuros cónyuges contenido en el artículo 68 del Código Civil. La doctrina de forma mayoritaria lo considera nulo al coartar la libertad sexual de los cónyuges y el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la Constitución española)[257]; aunque no faltan voces que abogan por su utilidad y validez[258]. También se consideran nulos los pactos que prohíben a uno de los cónyuges mantener relaciones de pareja con cualquier otra persona en general o con alguna en particular, o contraer nuevo matrimonio sea con persona distinta o del mismo sexo o iniciar una convivencia de hecho con otra persona, cuando tiene lugar la ruptura de la pareja, por coartar con ello la libertad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la Constitución española)[259]. Y, asimismo, los pactos relacionados con la fijación del lugar de residencia de los *ex* cónyuges cuando se impone o excluye uno determinado o se condiciona el traslado al consentimiento expreso del otro progenitor, se consideran nulos por suponer una limitación de la libertad de residencia del artículo 19 de la Constitución Española[260].

En cuanto a los pactos ligados con la muerte de uno de los cónyuges, lo cierto es que su similitud con los pactos sucesorios prohibidos de forma genérica en el artículo 1271.2 del Código Civil (pactos sobre herencia futura) limitan mucho su eficacia y admisión en el derecho civil común frente a aquellos ordenamientos forales y autonómicos que si los consideran vinculantes[261]. Así, en este contexto, no serían admisibles los pactos por el que los cónyuges renuncian a sus derechos legitimarios en la herencia del otro —legítima del cónyuge viudo— por ir en contra de lo establecido en el artículo 816 del Código Civil —intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima—. Tampoco sería válido en el ámbito del derecho común el pacto por el que ambos cónyuges se comprometen a testar el uno a favor del otro por la prohibición de testamentos mancomunados y, de realizar contratos sobre la herencia futura (artículo 1271.2 del Código Civil).

Por último, serían admisibles los pactos que sustituyen la atribución del uso de la vivienda familiar por otra vivienda; los pactos de venta de la vivienda familiar común; y, los pactos por los que se obliga al cónyuge concesionario del uso a quedarse con la titularidad de la vivienda familiar con cargo a su haber[262].

VI. EFICACIA, INEFICACIA Y CONTROL JUDICIAL DE LOS PACTOS PREMATRIMONIALES O EN PREVISIÓN DE RUPTURA.

Los acuerdos en previsión de ruptura son contratos, por lo que están sometidos a las reglas de formación de éstos, y muy especialmente las que se refieren al consentimiento y su libertad para prestarlo, máxime teniendo en cuenta que nos movemos en una relación de confianza y afectiva muy estrecha por parte de quienes lo prestan. Y, asimismo, como todo consentimiento pueden existir vicios que lo invaliden[263].

Como indicamos respecto a la forma, rige el principio de libertad de forma. Por lo que serán válidos tanto si se celebrar en documento privado como en docu-

mento público (escritura pública), o incluso un acuerdo verbal. En todo caso, por la importancia que tiene la libre formación de la voluntad y la información sobre el alcance de los mismos, resultaría más conveniente la presencia de un fedatario público. Son varias las razones que doctrinalmente se aducen para reforzar, precisamente, la opción por el otorgamiento de escritura pública ante notario: por un lado, la mayor fuerza probatoria en los procesos judiciales en los que se discutan sus términos o la existencia misma del acuerdo; por otro, el control de forma notable sobre la presencia de los requisitos esenciales del acuerdo suscrito (consentimiento, objeto y causa *ex* artículo 1261 del Código Civil); y, en fin, la específica función de control y asesoramiento que se atribuye al notario[264]. De todas formas, se considera adecuado, pese a entender que, el contenido típico de tal instrumento es la organización familiar, el que se contengan en capitulaciones matrimoniales, ofreciendo con ello un tratamiento conjunto tanto de la organización del matrimonio, como de las previsiones atinentes a su crisis[265]. Por lo que la regla de capacidad de las partes, vendría entonces determinada por lo dispuesto en sede de capitulaciones matrimoniales (artículos 1329 y 1330 del Código Civil)[266].

Por otra parte, los acuerdos prematrimoniales en previsión de una separación o divorcio pueden servir, en su caso, como convenio regulador que, se presentará como tal para su aprobación judicial en el proceso matrimonial. En todo caso, llegado el momento el Juez deberá comprobar que, la estipulación es válida y eficaz[267].

Ahora bien, afirmado lo anterior, como los acuerdos prematrimoniales tienen un contenido variado en algunos casos se exige la adopción de escritura pública como requisito formal para su validez. Así señala GONZÁLEZ DEL POZO que, han de constar en escritura pública como forma solemne, los pactos de fijación, modificación o sustitución del régimen económico matrimonial (artículo 1327 del Código Civil); los acuerdos prematrimoniales que contengan donaciones *propter nuptias* entre cónyuges de bienes inmuebles presentes (artículos 633, 1327 y 1341.1 del Código Civil); las donaciones de bienes futuros, muebles o inmuebles, solo para el caso de muerte (artículos 633, 1327, 1341.2 del Código Civil), o, en fin, las promesas de mejorar o no mejorar (artículos 826 y 1327 del Código Civil). Si bien, las partes pueden compelerse a elevar a escritura pública el pacto prematrimonial adoptado en documento privado[268].

Sobre tales bases, relacionado con la consideración de los pactos prematrimoniales como contratos, hay que destacar, en los términos analizados, la importancia del consentimiento informado. En el Derecho catalán el notario comparte deberes de información con los propios cónyuges, al ser el objeto de la información doble: el notario debe informar sobre los derechos que legalmente corresponden a los otorgantes en ausencia de pacto y los cónyuges deben informar de su situación económica actual y de sus expectativas de ganancia futura siempre que la información guarde relación con el objeto del pacto (artículo 231-20 del Código Civil catalán). En todo caso, el juez debe controlar que el consentimiento del cónyuge renunciante no esté viciado, que se haya prestado de forma libre, sin engaño ni coacciones.

Por otra parte, hemos de señalar que, asimismo, el control judicial habrá de extender a la eficacia del acuerdo[269]. De todas formas, resulta dudoso que, el pacto formalizado en escritura pública permita a cualquiera de los cónyuges acudir al juicio de carácter ejecutivo para exigir su cumplimiento, y por ende, el reconocimiento de efectos en un juicio declarativo se puede ver limitada por la existencia

de un proceso matrimonial posterior al acuerdo. De todas formas, señala GARCÍA MAYO que, como el divorcio ante notario, se exige un control de equidad a realizar por el notario "como paso previo y necesario"[270].

En fin, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de febrero de 2022[271] no ofrece duda que "(…) encajan en el marco de los negocios jurídicos de familia, los pactos que los cónyuges celebren para autorregular sus relaciones horizontales, tanto personales como patrimoniales, con carácter vinculante para ellos; siendo, igualmente, válido pactar con respecto a las relaciones verticales con sus hijos; si bien dichos acuerdos están condicionados en su eficacia, a la vigencia del principio de interés y beneficio de los menores, concebido como auténtico principio de orden público o bien constitucional". Por lo que, resulta necesario tener en cuenta con respeto a los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio que conforme al artículo 90.2 del Código Civil sean aprobados por el juez "salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudica a uno de los cónyuges"[272]. Efectivamente, no existe prohibición legal frente a los denominados pactos prematrimoniales, debiendo ponerse el acento en los límites de los mismos, que están en la protección de igualdad de los cónyuges y en el interés de los menores, si no hubiere[273]. Asimismo, no debe perderse de vista el requisito de la propia libertad contractual, debiendo únicamente proscribirse aquellos que de forma más clara ataquen la igualdad de los cónyuges. En general se entiende que vulneran tal igualdad aquellos pactos que sitúan a uno de los cónyuges en situación de inferioridad respecto del otro; todo ello sin olvidar que la igualdad es un concepto relativo, en el sentido que para examinar su concurrencia debe partirse de un determinado matrimonio, en un momento histórico y una sociedad determinada[274].

En este contexto, los pactos prematrimoniales serán válidos y vincularán a las partes en los términos acordados. Asimismo, serán eficaces en cuanto no sean contrarios a la ley, moral u orden público. Con carácter general, el fundamento de la obligatoriedad del contrato se encuentra en el principio de *pacta sunt servanda* y en que lo acordado tiene fuerza de ley entre las partes contratantes en virtud de lo dispuesto en el artículo 1091 del Código Civil —*lex privata*—. Como hemos señalado en su momento, estos pactos pre-ruptura han de entenderse similares a la de un convenio judicial no ratificado judicialmente[275].

Por lo que, llegado el momento de crisis familiar, es posible que ambas partes estén de acuerdo en cumplir con las medidas acordadas en el pacto pre-ruptura; de forma que, a la demanda de separación o divorcio de mutuo acuerdo se acompaña como convenio regulador dicho pacto, siempre que contenga el contenido mínimo del convenio; de no ser así, su valor será de complemento a éste. Por el contrario, es posible que acaecida la crisis matrimonial uno de los cónyuges se aparte de lo acordado y el proceso no sea consensual, sino contencioso. En estos casos, el pacto podrá hacerse valer por el cónyuge interesado en su aplicación acompañándolo a la demanda de separación o divorcio. Será la parte que ahora niega su valor y no quiere aplicarlo el que deba justificar su negativa. El juez a la vista de las alegaciones y atendiendo a las circunstancias del caso, adoptar o no las medidas acordadas en su momento por los cónyuges en dicho pacto pre-ruptura[276]. Sobre tales bases, el artículo 233-5 del Código Civil de Cataluña dispone que: *"1. Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial otorgados de acuerdo*

con el artículo 231-20 y los adoptados después de la ruptura de la convivencia que no formen parte de una propuesta de convenio regulador vinculan a los cónyuges. La acción para exigir el cumplimiento de estos pactos puede acumularse a la de nulidad, separación o divorcio y puede solicitarse que se incorporen a la sentencia. También puede solicitarse que se incorporen al procedimiento sobre medidas provisionales para que sean recogidos por la resolución judicial, si procede". Y añade *"2. Los pactos adoptados después de la ruptura de la convivencia sin asistencia letrada, independiente para cada uno de los cónyuges, pueden dejarse sin efecto, a instancia de cualquiera de ellos, durante los tres meses siguientes a la fecha en que son adoptados y, como máximo, hasta el momento de la contestación de la demanda o, si procede, de la reconvención en el proceso matrimonial en que se pretendan hacer valer"*. Por su parte, el artículo 4 de la Ley Vasca establece que: *"Únicamente serán susceptibles de ejecución judicial los pactos previamente aprobados por el juez"*.

Por último, se entiende en la doctrina y jurisprudencia la posible ineficacia sobrevenida de lo pactado por aplicación de la teoría de la alteración sobrevenida de las circunstancias —doctrina de la "cláusula *rebus sic stantibus*"—.

Esta cláusula o regla *rebus sic stantibus* trata de solucionar los problemas derivados de una alteración sobrevenida de una 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 frustrado el propio fin del contrato. Reconocida dicha regla por la jurisprudencia, esta se ha mostrado siempre muy cautelosa en su aplicación, dado el principio general contenido en el artículo 1091 del Código Civil que los contratos deben ser cumplidos. Recuerda la sentencia del Tribunal Supremo, Pleno de la Sala de lo Civil, de 17 de enero de 2013[277] que, aunque el Código Civil no regula un mecanismo que expresamente permita extinguir o modificar el contenido de las obligaciones en función de cambios imprevisibles, doctrina y jurisprudencia recurren a la cláusula *"rebus sic stantibus*" (estando así las cosas), próxima en su fundamento a los artículos 7 y 1258 del Código Civil, para solucionar los problemas derivados de una alteración sobrevenida de la situación existente o de las circunstancias concurrentes al tiempo de celebración del contrato.

Pues bien, esta tendencia hacia la aplicación normalizada de la figura, reconocible ya en las citadas sentencias del Tribunal Supremo, Pleno de la Sala de lo Civil, de 17 y 18 de enero de 2013[278] 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[279]; ha tomado carta de naturaleza en la sentencia de esta Sala de 30 de junio de 2014[280] con una detallada fundamentación y caracterización técnica de la figura y del desarrollo de la doctrina jurisprudencial relativa a su régimen de aplicación. Así dispone que "en relación con el necesario cambio o adaptación de las referentes que tradicionalmente han configurado o caracterizado la aplicación de esta cláusula todo parece indicar que, debe abandonarse su antigua fundamentación según las reglas de "equidad y justicia" en *pro* de una progresiva objetivización de su fundamento técnico de aplicación. En este sentido, la fundamentación objetiva de la figura, alejada de los anteriores criterios subjetivista, resulta ya claramente compatible con el sistema codificado". En relación con los criterios básicos de delimitación, fundamento

causal, base del negocio y asignación contractual del riego derivado se indica que "con carácter general, establecido el nexo entre el plano causal del contrato y la tipicidad contractual de la cláusula, la valoración de la incidencia que determina la mutación o el cambio de circunstancias, es decir, la posible alteración causal del contrato, se realiza de un modo objetivado mediante el recurso concorde de los criterios de concreción de dicha tipicidad con el primero, a través de la doctrina de la base del negocio, se contrasta principalmente el alcance de dicha mutación o cambio respecto del sentido o finalidad del contrato y de la conmutatividad o equilibrio prestacional del mismo. De esta forma, el contraste de la denominada base objetiva del negocio nos permite concluir que la mutación o cambio de circunstancias determina la desaparición de la base del negocio cuando: 1. La finalidad económica primordial del contrato, ya expresamente prevista o bien derivada de la naturaleza o sentido del mismo, se frustra o se toma inalcanzable; 2. La conmutatividad del contrato, expresada en la equivalencia o proporción entre prestación y contraprestación. Complementariamente, el contraste de la denominada base subjetiva del negocio nos permite llegar a idéntica conclusión en aquellos supuestos en donde la finalidad económica del negocio para una de las partes, no expresamente reflejado pero conocida y no rechazada por la otra, se frustra o deviene inalcanzable tras la mutación o el cambio operado. La aplicación de la teoría de la base del negocio como cauce interpretativo a estos efectos ha sido resaltada por la jurisprudencia de esta Sala (entre otras, sentencias de 20 de febrero de 2012; de 20 de noviembre de 2012; de 25 de marzo de 2013; y de 11 de noviembre de 2013). Por su parte, el otro criterio concorde a esta función delimitadora de la tipicidad contractual en la aplicación de esta figura viene representado por el *alea* o marco de riesgo establecido o derivado del negocio, el denominado "riesgo normal del contrato". En este sentido, el contraste se realiza entre la mutación o cambio de circunstancias y su imbricación o adscripción con los riesgos asignados al cumplimiento del contrato ya por su expresa previsión, o bien por su vinculación con los riesgos propios que se deriven de la naturaleza y por su expresa previsión, o bien por su vinculación con los riesgos propios que se deriven de la naturaleza y sentido de la relación obligatoria contemplada en el contrato; de forma que, para la aplicación de la figura el cambio o mutación, configurado como riesgo, debe quedar excluido del "riesgo normal" inherente o derivado del contrato. En suma, estos criterios de tipicidad nos responden, en una primera instancia o contraste, a las preguntas básicas que plantea la posible atención jurídica a todo cambio de circunstancias o de condiciones, si dicho cambio tiene entidad suficiente, esto es, altera el estado de las cosas de un modo relevante y si dicha alteración debe tener consecuencias para las partes implicadas".

Pues bien, esta Sala, en sentencias de 17 de enero de 2013[281]; de 18 de enero de 2013 y de 15 de octubre de 2014[282] exige para la aplicación de la cláusula "rebus", con mayor flexibilidad que en otras épocas que, la alteración sea sobrevenida y que concurra aumento extraordinario de la onerosidad o que no concurra la posibilidad de haber efectuado una previsión razonable de la situación desencadenada (artículo 9.503 de los Principios Europeos de la Contratación)[283]. En relación con la excesiva onerosidad, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de febrero de 2015[284] indica 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)". Y en relación con la imprevisibilidad del cambio de circunstancias, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de julio de 2019[285] indica, al respecto, que si las partes han asumido expresa o implícitamente el riesgo que una circunstancia aconteciera o debieron asumirlo porque, en virtud de las circunstancias y/o naturaleza del contrato, tal riesgo era razonablemente previsible, no es posible apreciar la alteración sobrevenida que, por definición, implica la no asunción del riesgo. No puede hablarse de alteración imprevisible cuando la misma se encuentra dentro de los riesgos normales.

En todo caso, esta cláusula *rebus* es de aplicación subsidiaria por el juez y, objeto de interpretación restrictiva[286]. En fin, esta Sala de lo Civil ha descartado la aplicación de la regla "rebus" cuando en función de la asignación legal o contractual de los riesgos, fuera improcedente revisar o resolver el contrato (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de abril de 2019[287]).

En este contexto, la aplicación de esta cláusula en derecho de familia, para ROCA TRIAS tiene un claro reflejo en el artículo 90.3 del Código Civil en virtud del cual "las medidas que el juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges"[288]. Y para MARTÍNEZ VELENCOSO apunta como supuestos de cláusula *rebus sic stantibus* de carácter legal, lo previsto en el artículo 100 del Código Civil sobre la modificación de la pensión por alteración de la fortuna de uno y otro cónyuge; o en los artículos 93 y 147 del citado cuerpo legal en relación con la reducción o aumento de la pensión de alimentos en función de las circunstancias económicas y las necesidades del alimentista[289].

En fin, la aplicación de esta doctrina a un pacto prematrimonial ha sido analizado en la sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Civil, de 24 de junio de 2015[290] en un supuesto en que los cónyuges acuerdan ante notario días antes de contraer matrimonio que en el supuesto de separación matrimonial, el marido abonaría a la esposa una renta mensual vitalicia de mil doscientos euros. Aplicada la doctrina al caso de autos, se rechaza la moderación o extinción de la renta vitalicia, pues, no se provoca una especial onerosidad en la prestaciones, ni la situación actual delos contratantes era difícilmente previsible, dado que ambos mantienen una desahogada situación financiera igual que la existente en el momento de los pactos, por lo que ninguna variación se ha producido, razón que lleva a la aplicación del artículo 1258 del Código Civil que determina algo tan elemental como que los contratos han de ser cumplidos.

VII. BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR RUIZ, L. (2014). "Los pactos prematrimoniales: el papel de la autorregulación en la crisis de pareja". En: L. Aguilar Ruiz; J.L. Arjona Guajardo-Fajardo; y G. Cerdeira Bravo de Mansilla (coords.) *Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI,* Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi.

— (2014). "Pacto prematrimonial de fijación de indemnización por ruptura de la convivencia a favor de la esposa. Límite a la autonomía de la libertad de los cónyuges, principio de igualdad y exigencia de reciprocidad", *Revista de Derecho Patrimonial, número 33*, pp. 419-431.
— (2014). "Los pactos prematrimoniales. Vigencia y actualidad en el nuevo Derecho de familia". En: L. Díez-Picazo (coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel, T. I*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
AGUILAR RUIZ, L., y HORNERO MÉNDEZ, C. (2006). "Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: autonomía de la voluntad y control judicial", *Revista Jurídica del Notariado, núm. 57, enero-marzo*, pp. 9-44.
ALONSO MARTÍNEZ, Á. (2017). "La renuncia a la pensión compensatoria en un pacto prematrimonial: el juego de la autonomía de la voluntad". En. Mª.Á. Parra Lucán (dir.), *Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinar*, Granada: Comares.
AMUNÁTEGUI RODRIGUEZ, C. (2009). "La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes", *Autonomía privada y negocios jurídicos de familia*, Madrid: Dykinson.
ANGUITA DE LOS RÍOS, R.M. (2011). "El hogar familiar tras la ruptura de la convivencia en pareja", *Derecho y Familia en el siglo XXI: el derecho de familia ante los grandes retos del siglo XXI, T. I*, Almería: Universidad de Almería.
BARBA, V. (2021). "Los pactos prematrimoniales en el derecho italiano. Propuesta de reforma de acuerdo con el derecho catalán", *Anuario de Derecho Civil, número 1*, pp. 21-82.
BARRIO GALLARDO, A. (2016). "Pactos en previsión de una ruptura matrimonial: problemas y soluciones a la luz del Derecho español", *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata, año 13, número 46*, pp. 74-87.
CABEZUELO ARENAS, A.L. (2004). "¿Es válida la renuncia a una eventual pensión compensatoria formulada años antes de la separación en capitulaciones matrimoniales?, *Aranzadi Civil, núm. 18, 2004*, pp. 2375-2394.
CARRASCO PERERA, Á. (2013). "Comentario al artículo 6 del Código Civil". En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, T. I,* Valencia: tirant lo blanch.
CERDEIRA BRAVO DE MANSILA, G. y GARCÍA MAYO, M. (2017). "Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura", *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Madrid: Reus.
CERVILLA GARZÓN, Mª.D. (2017). "Acuerdos prematrimoniales y matrimoniales en el actual Derecho de los Estados Unidos: The Uniform premarital and marital agreement Act (2012)", *Revista de Derecho Civil, vol. IV, número 2, abril-junio*, pp. 3-54.
DE CASTRO Y BRAVO, F. (2008). *Derecho Civil de España, vol. III El negocio jurídico*, Madrid: Civitas.
DIEZ PICAZO, L. (1962). "El negocio jurídico de Derecho de Familia", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia, número 212, 6 (junio),* pp.771-792.
EGEA FERNÁNDEZ, J. (2003). "Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial", *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luís Díez-Picazo, T. III,* Madrid: Thomson Aranzadi.

FERRER RIBA, J. (2001). "Relaciones familiares y límites del Derecho de Daños", *Indret* número 4, pp. 1-21.

GARCÍA MAYO, M. (2020). "Los pactos prematrimoniales como mecanismo de justicia preventiva en tiempos de pandemia". En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.), *Coronavirus y derecho en estado de alarma*, Madrid: Reus.

— (2021). "Pactos prematrimoniales y compensación". En: J. R. De Verda y Beamonte (dir.), *La compensación por desequilibrio en la separación y divorcio. Tratado práctico interdisciplinar*, Valencia: tirant lo blanch.

— (2023). *Pactos prematrimoniales en previsión de crisis matrimonial*, Barcelona: Bosch.

GARCÍA RUBIO, M.P. (2003). "Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil", *Anuario de Derecho Civil, T. LVI, Fascículo IV, octubre-diciembre,* pp. 1653-1674.

GASPAR LERA, S. (2011). "Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad", *Anuario de Derecho Civil, vol. 64,* pp. 1041-1074.

— (2012). "Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho inglés", *Indret julio*, pp. 1-25.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. (1991). "Comentario al artículo 66 del Código Civil", *Comentario al Código Civil, T. II*, Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia.

GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. (2008). "Acuerdos y contratos prematrimoniales (I)", *Boletín de Derecho de Familia, núm. 81, julio*, pp. 9-13.

— (2008). "Acuerdos y contratos prematrimoniales (II)", *Boletín de Derecho de Familia, núm. 82, septiembre 2008*, pp. 1-9.

HIJAS CID, E. (20199. "Pactos prematrimoniales", *LA LEY Derecho de Familia, número 24, octubre*, pp. 1-15.

LACRUZ BERDEJO, J.L. (1990). "Convivencia mora uxorio. Estipulaciones y presunciones", *Centenario al Código Civil (1889-1989), vol. I,* Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

LÓPEZ BURNIOL, J.J. (1989). *Convenios reguladores de las crisis matrimoniales*, Navarra: Universidad de Navarra.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (1995). *Los acuerdos de los cónyuges en la pensión por separación o divorcio*, Valencia: tirant lo blanch.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2009). "Consecuencias de la crisis matrimonial y autonomía de la voluntad". En: C. Guilarte Martín Calero (coord.), *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales, coordinadora*, Valladolid: Lex Nova.

— (2011). "Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en el Derecho Catalán", *Revista Jurídica de Cataluña, año CX, núm. 1*, pp. 345-370.

MARTÍNEZ VELENCOSO L.M. (2011). "Eficacia de los acuerdos en el seno de las relaciones familiares. Estado actual de la jurisprudencia". En: Fco. De P. Blasco Gascó; M. E. Clemente Meoro; F.J. Orduña Moreno; L. Prats Albentosa, R. Verdera Server (coords), *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés, T. II, coordinadores*, Valencia: tirant lo blanch.

— (2017). "Supuestos de cláusula "rebus sic stantibus" en el Derecho de Familia", *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho privado*, Valencia: tirant lo blanch

MÉNDEZ TOJO, R. (2018). "Validez de los pactos prematrimoniales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales", *Actualidad Civil, número 4, abril*, pp. 1-10.

MEDINA ALCOZ, M. (2013). "Los acuerdos prematrimoniales: análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del derecho civil común". En: T. Echevarría de Rada (dir.), M. R. Martín Briceño y D. Guinea Fernández (coords.), *Cuestiones actuales de derecho de familia,* Madrid: La Ley.

MORALEJO IMBERNÓN, N (2013). "Comentario al artículo 1325 del Código Civil". En: R. Bercovitz Rodríguez Cano (dir), *Comentario al Código Civil, T. VII*, Valencia: tirant lo blanch.

MORENO VELASCO V. (2013). *Autonomía de la voluntad y crisis matrimoniales,* Navarra: Civitas.

MUÑOZ NAVARRO, J.A. (2020). "Los pactos prematrimoniales o en previsión de ruptura matrimonial", *LA LEY Derecho de Familia, número 25, enero*, pp. 1-12.

ORTIZ VIDAL, Mª.D., (2018). "Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura en derecho internacional privado", *Revista Jurídica de la Región de Murcia, número 52*, p.

PAZ-ARÉS RODRÍGUEZ I. (2008). "Previsiones capitulares", *Recientes modificaciones legislativas para abogados de familia: Modificaciones fiscales, el síndrome de alienación parental y previsiones capitulares. Homenaje a Luís Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga*, Madrid: Dykinson.

PÉREZ HEREZA, J. (2009). "La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales", *Anales de la Academia Matritense del Notariado, T. 48*, Madrid: Edersa.

PUIG FERRIOL, L. (2004). "Matrimoni-unió estable de parella: aspectes prolèmatics, *Revista Jurídica de Cataluña, núm. 3,* pp. 657-682.

REBOLLEDO VARELA, Á. (2008). "Pactos en previsión de una ruptura matrimonial (Reflexiones a la luz del Código Civil, del Código de Familia, y del Anteproyecto de Ley del Libro II del Código Civil de Cataluña)". En: J. Gómez Gálligo (coord.), *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias, T. I*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas.

ROCA TRIAS E. (2006). "Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis". En: J.M. Amat Campoy y M.E. Amat Llari (coords.), *Homenaje al Profesor Puig i Ferriol, vol. 2*, Valencia: tirant lo blanch.

RODRIGUEZ GUITIÁN, A.M. (2018). "Los pactos pre-ruptura conyugal: el difícil equilibrio entre la autonomía privada de los cónyuges y la solidaridad", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, número 38*, pp. 99-132.

— (2018). *Los pactos pre-ruptura conyugal*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

RUBIO GIMENO, G. (2014). *Autorregulación de la crisis de pareja (Una aproximación desde el Derecho Civil catalán)*, Madrid: Dykinson.

SERRANO DE NICOLÁS, Á. (2011). "Los pactos en previsión de ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña". En: R. Barrada Orellana, M. Garrido Melero, S. Nasarre Aznar (coords.), *El nuevo Derecho de la persona y de la familia (Libro segundo del Código Civil de Cataluña)*, Barcelona: Bosch.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. (2008). "Acuerdos prematrimoniales. Hacia la validez de los pactos preventivos de la ruptura conyugal", *Economista & Jurist, núm. 118, marzo*, pp. 18-31.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

- STS, Sala de lo Civil, 22 de abril de 1997.
- STS, Sala de lo Civil, 21 de diciembre de 1998.
- STS, Sala de lo Civil, 15 de febrero de 2002.
- STS, Sala de lo Civil, 27 de junio de 2011.
- STS, Sala de lo Civil, 18 de enero de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, 20 de abril de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, 23 de octubre de 2012.
- STS, Pleno de la Sala de lo Civil, 17 de enero de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, 24 de febrero de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, 30 de junio de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, 15 de octubre de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, 24 de junio de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 15 de marzo de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, 30 de mayo de 2018.
- STS, Pleno de la Sala de lo Civil, 15 de octubre de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, 7 de noviembre de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, 15 de enero de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, 22 de enero de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, 5 de abril de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, 18 de julio de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, 20 de febrero de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, 3 de junio de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, 22 de octubre de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, 13 de abril de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, 23 de noviembre de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, 13 de enero de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, 31 de enero de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, 21 de febrero de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, 3 de marzo de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, 30 de mayo de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, 26 de septiembre de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, 22 de octubre de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, 28 de noviembre de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, 10 de marzo de 2023.
- STS, Sala de lo Civil, 13 de marzo de 2023.
- STS, Sala de lo Civil, 6 de junio de 2023.
- STS, Sala de lo Civil, 17 de julio de 2023.
- STS, Sala de lo Civil, 17 de octubre de 2023 (dos).
- STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1ª, 12 de julio de 2012.
- STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1ª, 31 de marzo de 2016.
- STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1ª, 13 de abril de 2021.
- STSJ Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1ª, 12 de mayo de 2021.
- STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1ª, 13 de mayo de 2022.
- SAP Cádiz, secc. 5ª, 26 de julio de 2013.
- SAP Zaragoza, secc. 2ª, 23 de diciembre de 2016.

- SAP Valencia, secc. 10ª, 6 de abril de 2017.
- SAP Vizcaya, secc. 5ª, 4 de junio de 2018.
- SAP Guipúzcoa, secc. 2ª, 30 de julio de 2018.
- SAP Valencia, secc. 10ª, 27 de mayo de 2020.
- SAP Granada, secc. 5ª, 12 de junio de 2020.
- SAP Cantabria, secc. 2ª, 21 de septiembre de 2020.
- SAP Valencia, secc. 6ª, 18 de enero de 2021.
- SAP Asturias, secc. 5ª, 17 de febrero de 2021.
- SAP Alicante, secc. 9ª, 29 de marzo de 2021.
- SAP Álava, secc. 1ª, 7 de junio de 2021.
- SAP A Coruña, secc. 4ª, 21 de julio de 2021.
- SAP Granada, secc. 5ª, 1 de octubre de 2021.
- SAP Toledo, secc. 2ª, 29 de noviembre de 2021.
- SAP Ourense, secc. 1ª, 10 de febrero de 2022.
- SAP Barcelona, secc. 18ª, 7 de marzo de 2022.
- SAP Burgos, secc. 2ª, 21 de junio de 2022.
- SAP Granada, secc. 5ª, 22 de septiembre de 2022.
- SAP Sevilla, secc. 2ª, 4 de octubre de 2022.
- SAP Salamanca, secc. 1ª, 24 de noviembre de 2022.
- SAP Valencia, secc. 10ª, 27 de febrero de 2023.
- SAP Murcia, secc. 4ª, 30 de marzo de 2023.
- SAP Ourense, secc. 1ª, 5 de abril de 2023.
- SAP Murcia, secc. 4ª, 10 de abril de 2023.
- SAP Ciudad Real, secc. 1ª, 4 de mayo de 2023.
- SAP Barcelona, secc. 18ª, 3 de julio de 2023.
- SAP Barcelona, secc. 18ª, 19 de julio de 2023.
- SAP Barcelona, secc. 12ª, 20 de julio de 2023.
- SAP Barcelona, secc. 12ª, 24 de julio de 2023.
- SAP Madrid, secc. 24ª, 30 de noviembre de 2023.

NOTAS

[1] SERRANO DE NICOLÁS, Á. (2011). "Los pactos en previsión de ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña". En: R. Barrada Orellana, M. Garrido Melero, S. Nasarre Aznar (coords.), *El nuevo Derecho de la persona y de la familia (Libro segundo del Código Civil de Cataluña)*, Barcelona: Bosch, pp. 328-329.

[2] PAZ-ARÉS RODRÍGUEZ I. (2008). "Previsiones capitulares", *Recientes modificaciones legislativas para abogados de familia: Modificaciones fiscales, el síndrome de alienación parental y previsiones capitulares. Homenaje a Luís Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga*, Madrid: Dykinson, p. 100.

[3] La Exposición de Motivos de la Ley señala al respecto que "la intervención judicial debe reservarse para cuando haya sido imposible el pacto o el contenido de lo propuesto sea lesivo para los intereses de los hijos menores o incapacitados o uno de los cónyuges y las partes no hayan atendido a sus requerimientos de modificación. Solo en estos casos deberá dictar una resolución en la que se impongan las medidas que sean precisas".

[4] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6ª, de 22 de noviembre de 1999 (LA LEY 167843,1999); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4ª, de 18 de julio de 2013 (LA LEY 121707,2013).

[5] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de abril de 1997 (LA LEY 6125,1997); de 3 de febrero de 2006 (LA LEY 389/2006); y de 17 de octubre de 2007 (LA LEY 165788,2007).

[6] Lo que contrasta con la tradición en materia de acuerdos prematrimoniales en EEUU que, incluso han sido objeto de regulación específica, así la *Uniform Premarital Agreements Act* de 1983 en la que se reconoce la validez de los contratos prematrimoniales y los regula de forma detallada; y, asimismo, los *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations* de 2002. En Europa, el legislador alemán se ha limitado a reconocer en el parágrafo 1408 del BGB la posibilidad de renunciar a la compensación por desequilibrio económico mediante pacto expreso incluido en capitulaciones matrimoniales. Precisa MARTÍNEZ VELENCOSO L.M. (2011). "Eficacia de los acuerdos en el seno de las relaciones familiares. Estado actual de la jurisprudencia". En: Fco. De P. Blasco Gascó; M. E. Clemente Meoro; F.J. Orduña Moreno; L. Prats Albentosa, R. Verdera Server (coords), *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés, T. II, coordinadores*, Valencia: tirant lo blanch, p. 1531 señala que "como regla general, los acuerdos prematrimoniales son vinculantes, ya que no existe ninguna previsión específica acerca de la posibilidad de que los tribunales modifiquen o anulen dichos acuerdos. No obstante, el Tribunal Constitucional alemán en una sentencia de 6 de febrero de 2001 estableció la necesidad de revisar judicialmente los acuerdos de los cónyuges cuando se daban determinadas circunstancias". Desde entonces, señala la autora "el Tribunal Supremo ha especificado los parámetros sobre los que se debe llevar a cabo esa revisión, así la libertad en la regulación de las consecuencias del divorcio no debe tener el efecto de desvirtuar la finalidad tuitiva que se contiene que las previsiones legales, lo cual se daría en el caso de que uno de los cónyuges hubiese de soportar una distribución de las cargas inaceptable y desproporcionada".

En Italia se ha considerado que los pactos en previsión de divorcio son nulos por ilicitud de causa sobre la base de lo dispuesto en el artículo 160 del *Codice Civil*. No se admite la renuncia anticipada de la pensión compensatoria, al afirmar su naturaleza asistencial y el carácter indisponible. No obstante, la doctrina ha admitido los acuerdos que conceden una mayor tutela al cónyuge débil.

[7] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de marzo de 2011 (LA LEY 29142,2011), que en sus *Fundamentos de Derecho tercero y cuarto* optan por la validez de los contratos celebrados entre cónyuges en previsión de futuras rupturas. Al respecto se indica que "los requisitos para la validez de los pactos entre cónyuges distintos del convenio regulador. Aunque el contrato cuya validez se discute, se haya denominado convenio regulador, no es tal, sino un pacto atípico en el que los cónyuges, previniendo otra posible crisis de

convivencia, acuerdan que el marido asuma una serie de obligaciones respecto a la esposa para el caso de que se produzca una nueva separación. Cono se ha dicho en el fundamento anterior, esta Sala ha partido de la eficacia de este tipo de acuerdos siempre que reúnan los requisitos exigidos para la validez de los contratos, es decir, que se cumpla lo establecido en el artículo 1261 del Código Civil y no sólo esto, sino, además, todas las reglas reguladoras del contrato. En este caso hay que concluir que concurre: a) El consentimiento de ambos cónyuges contratantes, porque, aunque el recurrido, alegó la concurrencia de un vicio de la voluntad, ello no se considera probado; b) El objeto del contrato; y, c) La causa de la obligación establecida. En este sentido, el contrato generó únicamente obligación para el marido, el cual no es indicio de ninguna anomalía contractual".

[8] RODRIGUEZ GUITIÁN, A.M. (2018). "Los pactos pre-ruptura conyugal: el difícil equilibrio entre la autonomía privada de los cónyuges y la solidaridad", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, número 38*, p. 100.

[9] GARCÍA MAYO, M. (2023). *Pactos prematrimoniales en previsión de crisis matrimonial*, Barcelona: Bosch, p. 18.

[10] AGUILAR RUIZ, L. (2014). "Los pactos prematrimoniales: el papel de la autorregulación en la crisis de pareja". En: L. Aguilar Ruiz; J.L. Arjona Guajardo-Fajardo; y G. Cerdeira Bravo de Mansilla (coords.) *Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI,* Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi, p. 23: GARCÍA RUBIO, Mª.P. (2003). "Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil", *Anuario de Derecho Civil, vol. 50, número 4,* p. 1658; HIJAS CID, E. (20199. "Pactos prematrimoniales", *LA LEY Derecho de Familia, número 24, octubre*, p. 2.

Por su parte, MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2011). "Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en el Derecho Catalán", *Revista Jurídica de Cataluña, año CX, núm. 1*, p. 350, señala que son particularmente útiles estos pactos en previsión de ruptura cuando uno o ambos miembros de la pareja desarrollan una actividad empresarial, básicamente en el ámbito de la empresa familiar. Igualmente, PAZ-ARES I., "Previsiones capitulares", *op. cit.,* p. 110, establece que, la conservación de la empresa o de una actividad profesional compartida, exige a menudo ponerla fuera del alcance de los avatares matrimoniales, y es por eso que en los protocolos familiares se sugiere o impone a quienes los suscriben hacer capítulos acordes con aquella finalidad. Para BARRIO GALLARDO, A. (2016). "Pactos en previsión de una ruptura matrimonial: problemas y soluciones a la luz del Derecho español", *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP, año 13, número 46*, pp. 77-78 desde una perspectiva sociológica, se asocian estos pactos a "personas que ya han atravesado los costes emocionales y financieros de un divorcio, o a otros sujetos que han visto de cerca las consecuencias traumáticas de una ruptura, por vivencias de parientes y amigos; ello les lleva a adoptar precauciones frente a una experiencia amarga que no se desean repetir o vivir en carne propia. Asimismo, la existencia de descendencia no común, fruto de una unión anterior hace que se arrastren cargas familiares como, por ejemplo: pensiones compensatorias o de alimentos". RODRIGUEZ GUITÍAN, A.Mª. (2018). *Los pactos pre-ruptura conyugal*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 35 a 62 considera posibles razones para el auge de estos pactos: los matrimonios mixtos; el alto índice de divorcios; y las segundad y sucesivas nupcias.

[11] PAZ ARÉS RODRÍGUEZ, I. (2008). "Previsiones capitulares", *op. cit.,* pp. 110-111.

[12] AGUILAR RUIZ, L. (2014). "Los pactos prematrimoniales. Vigencia y actualidad en el nuevo Derecho de familia". En: L. Díez-Picazo (coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel, T. I*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, p. 106.

[13] RJ 1997,3251.

[14] RJ 2011,3137.

[15] En esta línea, las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 5ª, de 4 de julio de 2018 (JUR 2018,281283); de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6ª, de 18 de marzo de 2020 (JUR 2021,56236); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, de 27 de mayo de 2020 (JUR 2020,209107).

[16] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5ª, de 26 de julio de 2013 (JUR 2013,331848); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, de 6 de abril de 2017 (JUR 2017,156804) no estima la Sala que exista conculcación del derecho a la igualdad de ambos cónyuges, pues, como se desprende de los autos ambos, por edad, profesión y experiencia anterior, eran plenamente conscientes del acuerdo a que habían llegado de tipo económico, entre los dos, ante Notario, afectado solo y exclusivamente a los mismos en el orden económico, dada la inexistencia de hijos comunes, lo que se traduce en que mal puede alegarse y estimarse, posteriormente, que dicho pacto limitaba la igualdad entre ambos, cuando los dos conocen perfectamente —no se olvide su edad y cualificación profesional— las consecuencias de tal pacto, pues, de admitirse la demanda quebraría el principio de libertad de pactos, permitiéndose que se pudiese firmar válidamente cualquier pacto, ante la seguridad de más tarde, dejarlo sin efecto, pese a conocer plenamente la trascendencia y alcance del mismo; de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1ª, de 7 de julio de 2020 (JUR 2020,255728); y, de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 2ª, de 21 de septiembre de 2020 (JUR 2020,335185) de lo declarado probado no puede deducirse atentado alguno a la igualdad, libertad o dignidad de Dª. María Ángeles, por el hecho de firmar pactos prematrimoniales, dado que lejos de percibirse un sometimiento al esposo o predominio del marido, lo que se evidencia es una relación de confianza en la que la esposa resulta beneficiada de prestaciones, se acoge a su hija, se firman los actos con suficiente antelación con respecto al matrimonio, por lo que tampoco pueden considerarse sorpresivos, y una relación matrimonial no extensa temporalmente, pero tampoco fugaz. Los datos añadidos que resulta de la prueba practicada son expresivos de la suficiente información y de la libertad de ambas partes en momentos previos o coetáneos al pacto que hacen inviable ahora que desplieguen sus efectos propios. Ambos celebran el matrimonio con edades verdaderamente maduras, sin descendencia común previa, con experiencias de matrimonios anteriores, sin que la esposa trabajara ya por cuenta propia o ajena —al contrario que el esposo con una experiencia profesional regular y mantenida como catedrático de universidad—. Por tanto, bajo unas condiciones y expectativas patrimoniales y económicas que, por ser conocidas, no es que hayan variado sustancialmente, es que no han sufrido modificación significativa como para abrigar una alteración sobrevista de las circunstancias y ajena a la voluntad particular y común de las partes que permita servir de detonante a una declaración de ineficacia del acuerdo prematrimonial.

[17] ROCA TRÍAS, E. (2006). "Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis". En: J.M. Abril Campoy y M.E. Amat Llari (coords.), *Homenaje al Profesor Puig Ferriol, vol. II*, Valencia: tirant lo blanch, pp. 2113-2114 señala que la expresión de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones familiares necesariamente se acompaña de la reflexión acerca de los límites que cabe imponer a la misma. Y, al respecto manifiesta que en el Derecho de Familia existen dos tipos de relaciones: las relaciones horizontales que implican a los cónyuges, en las que domina el principio de igualdad y autonomía de la voluntad; y, las relaciones verticales que se establecen entre progenitores e hijos, y está integrada su regulación por normas absolutamente imperativas, al estar configuradas en interés de los menores, que son dignos de una especial protección". Para RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.Mª. (2018). "Los pactos de pre-ruptura conyugal: el difícil equilibrio entre la autonomía privada de los cónyuges y la solidaridad", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, número 38, II*, pp. 102-103 sintetiza dos causas de aparición de este tipo de pactos en previsión de crisis en el ordenamiento jurídico española "por una parte, se ha producido un proceso de democratización de las relaciones familiares, de modo que, el principio constitucional de igualdad ha impregnado de igualitarismo dichas relaciones, sobre todo las conyugales. Junto a tal democratización se halla la cada vez más creciente tendencia hacia la privatización del matrimonio y la ampliación de la autonomía de la voluntad en la configuración de las relaciones, en particular económicas, entre los esposos; la segunda causa que ha contribuido a la aparición de los actos de pre-ruptura ha dio el debilitamiento objetivo del matrimonio".

En todo caso, se debería negar eficacia a aquellos pactos prematrimoniales de los que se derive un perjuicio grave para uno de los esposos. Así señala acertadamente, EGEA FERNÁNDEZ, J. (2003). "Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial", *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luís Díez-Picazo, T. III,* Madrid: Thomson Civitas, p. 4562 "lo mismo que sucede en otros ámbitos del Derecho como los contratos de consumo o el derecho laboral, en los que la jurisprudencia, la doctrina y la legislación sostienen desde hace tiempo que la materialización de la autonomía de la voluntad exige la protección de la parte débil de la relación, igual debe predicarse también de los pactos vinculados al matrimonio".

[18] Para AGUILAR RUIZ, L., y HORNERO MÉNDEZ, C. (2006). "Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: autonomía de la voluntad y control judicial", *Revista Jurídica del Notariado, núm. 57, enero-marzo,* pp. 25-26 la moral "ha de ser entendida como el conjunto de convicciones de ética social imperantes en nuestra comunidad", así como el "orden público", concepto de difícil significación que, "sin embargo debe entenderse, en este ámbito concreto, a aquellos principios fundamentales o rectores de nuestro ordenamiento jurídico-familiar". Y añaden "la doble referencia del artículo 1255 del Código Civil al límite de "la moral y el orden público" —al que debe equipararse aquí la mención a las "buenas costumbres" del artículo 1328 del Código Civil—, se ha considerado un arcaísmo en un sistema matrimonial que concede absoluta prioridad a la autonomía de los cónyuges en la regulación de sus intereses estrictamente económicos o patrimoniales, no así en los que afecten a cuestiones familiares de otra índole, tales como guarda y custodia de hijos, atribución del domicilio familiar o alimentos entre cónyuges, en las que ciertos valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico-privado siguen proyectándose de forma clara a través de conceptos jurídicos indeterminados tales como el denominado "orden público familiar" o "el interés de la familia"". Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 2ª, de 30 de julio de 2018 (JUR 2018,31074); y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1ª, de 27 de abril de 2020 (JUR 2020,159114).

[19] Roj. STS 4175/2015; ECLI:ES:TS:2015:4175.

[20] RJ 2015,2548; RJ 2015,4580.

[21] En esta línea, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de noviembre de 2018 (RJ 2018,4748); de 21 de febrero 2022 (RJ 2022,1043); y, de 6 de junio de 2023 (JUR 2023,246412); las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4ª, de 30 de mayo de 2019 (JUR 2019,222566); de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección 1ª, de 30 de octubre de 2019 (JUR 2020,70531); de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6ª, de 18 de marzo de 2020 (JUR 2021,56236); de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5ª, de 12 de junio de 2020 (JUR 2020,280322); de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1ª, de 7 de julio de 2020 (JUR 2020,255728); de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1ª, de 11 de septiembre de 2020 (JUR 2020,351975); de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 2ª, de 21 de septiembre de 2020 (JUR 2020,335185); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9ª, de 9 de febrero de 2021 (JUR 2023,287038); de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 9ª, de 29 de marzo de 2021 (JUR 2021,19504); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12ª, de 31 de mayo de 2021 (JUR 2021,267086); de la Audiencia Provincial de Almería, sección 1ª, de 14 de julio de 2021 (JUR 2023,36081) se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas; de la Audiencia Provincial de Ourense, sección 1ª, de 10 de febrero de 2022 (JUR 2022,164708); de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5ª, de 24 de mayo de 2022 (JUR 2022,30022); de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 2ª, de 4 de octubre de 2022 (JUR 2023,129439); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 6ª, de 27 de febrero de 2023 (JUR 2023,240213); y, de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 1ª, de 1 de junio de 2023 (JUR 2023,281629).

[22] RJ 2022,2830.

[23] RJ 2011,3711.

[24] RJ 2013,927.

[25] RJ 2016,4580.

[26] RJ 2018,1689.

[27] RJ 2002,1619.

[28] RJ 2018,4748.

[29] RJ 2022,1043.

[30] JUR 2019,72990.

[31] JUR 2019,121433. También vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4ª, de 30 de mayo de 2019 (JUR 2019,222566); de la Audiencia Provincial de Lleida, sección 2ª, de 10 de julio de 2019 (JUR 2019,226262); de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección 1ª, de 30 de octubre de 2019 (JUR 2020,70531); y, de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 1ª, de 19 de febrero de 2020 (JUR 2020,111684).

[32] RJ 1997,3251.

[33] AMUNÁTEGUI RODRIGUEZ, C. (2009). "La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes", *Autonomía privada y negocios jurídicos de familia*, Madrid: Dykinson, p. 126.

[34] GARCÍA MAYO, M. (2023). *Pactos prematrimoniales en previsión de crisis matrimonial*, *op. cit.,* p. 23.

[35] RJ 2022,3202.

[36] RJ 1985,210.

[37] RJ 1997,3251.

[38] RJ 1998,110.

[39] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12ª, de 20 de julio de 2023 (Roj. SAP B 8231/2023; ECLI:ES:APB:2023:8291) señala, al respecto, que "una vez se constata que los pactos responden exactamente a la voluntad común de los cónyuges y que no son contrarios al orden público, tal como señala el artículo 233-8 del Código Civil catalán, procede su aplicación".

[40] ROCA TRIAS E. (2006). "Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis", *op, cit.,* p. 2110.

[41] MEDINA ALCOZ, M. (2013). "Los acuerdos prematrimoniales: análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del derecho civil común". En: T. Echevarría de Rada (dir.), M. R. Martín Briceño y D. Guinea Fernández (coords.), *Cuestiones actuales de derecho de familia,* Madrid: La Ley, p. 299.

[42] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial A Coruña, sección 4ª, de 4 de diciembre de 2020 (JUR 2021,67231).

[43] En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de junio de 2015 (Roj, STS 2828/2015; ECLI: ES:TS:2015:2828) no queda cuestionada la igualdad de los cónyuges, pues no consta que los pactos hayan sido gravemente perjudiciales para el recurrente, de profesión abogado y divorciado de un matrimonio anterior, manteniendo ambos una saneada situación económica, lo que impide limitar los efectos de los pactos que libremente acordaron. De los pactos tampoco puede inferirse que uno de los cónyuges quede en situación de abuso de posición dominante, ni que haya sumido al otro en una clara situación de precariedad que genere necesidad la asistencia a instituciones públicas o privadas. Asimismo, en la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 30 de mayo de 2018 (RJ 2018,2358) Dª Gloria conocía lo que firmó y la trascendencia de lo declarado, por su conocimiento del idioma, por su experiencia en una crisis matrimonial previa y por la posibilidad de obtener explicaciones del notario. Además de los elementos de juicio permiten inferior que cuando se firmaron los pactos prematrimoniales no se sometió a Dª Gloria a una situación de previsible precariedad. Asimismo, de lo declarado probado no puede deducirse atentado alguno a la igualdad, libertad o dignidad de Dª Gloria, por el hecho de firmar los pactos prematrimoniales, dado que lejos de percibirse un sometimiento a la esposa a predominio del marido, lo que se evidencia es una relación de confianza en la que la esposa resulta beneficiaria de prestaciones, se acoge a su hija, se firman los pactos con suficiente antelación con respecto al matrimonio; por lo que, tampoco puede considerarse sorpresivos y una relación matrimonial no extensa temporalmente, pero tampoco fugaz. Por todo ello, la libertad, dignidad e igualdad de los

cónyuges ha quedado preservada (artículos 14, 17 y 19 de la Constitución). En fin, se declara que la formación, edad, escasa duración del matrimonio, ausencia de descendencia común, posibilitan un desenvolvimiento de ella que permite un marco económico fluido, por lo que no consta alteración del orden público.

[44] GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. (1991). "Comentario al artículo 66 del Código Civil", *Comentario al Código Civil, T. II*, Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, p. 317. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, de 6 de abril de 2017 (JUR 2017,156804) no estima la Sala conculcación del derecho de igualdad de ambos cónyuges, pues, como se desprende de los autos, ambos, por edad, profesión y experiencia anterior, eran plenamente conscientes del acuerdo al que habían legado de tipo económico entre los dos, ante notario, afectando solo y exclusivamente a los mismos en el orden económico. Asimismo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5ª, de 1 de octubre de 2021 (JUR 2022,65230) no consta que los pactos hayan sido gravemente perjudiciales para el recurrente y no se infiere la situación de abuso dominante, ni que se haya asumido al otro en una clara situación de precariedad.

[45] AGUILAR RUIZ, L. (2014). "Pacto prematrimonial de fijación de indemnización por ruptura de la convivencia a favor de la esposa. Límite a la autonomía de la libertad de los cónyuges, principio de igualdad y exigencia de reciprocidad", *Revista de Derecho Patrimonial, número 33*, pp. 429-430; REBOLLEDO VARELA, A. L. (2008). "Pactos en previsión de una ruptura matrimonial", *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias, vol. I*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, p.742; GARCIA MAYO, M. (2023). *Pactos prematrimoniales, op. cit.,* p. 206; RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.Mª. (2018). "Los pactos de pre-ruptura conyugal: el difícil equilibrio entre la autonomía privada de los cónyuges y la solidaridad", *op. cit.,* p. 123 habla de "cierta reciprocidad", no desde luego, de una absoluta reciprocidad.

[46] PÉREZ HEREZA, J. (2009). "La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales", *Anales de la Academia Matritense del Notariado, T. 48,* Madrid: Edersa, p. 589.

[47] GARCÍA MAYO, M. (2023). *Pactos prematrimoniales, op. cit.,* p. 212.

[48] HIJAS CID, E. (2019). "Pactos prematrimoniales", *LA LEY Derecho de Familia, número 24, octubre,* p. 7.

[49] GARCÍA RUBIO, Mª.P. (2003). "Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil", *Anuario de Derecho Civil, T. LVI, Fascículo IV, octubre-diciembre,* p. 1668.

[50] MORENO VELASCO V. (2013). *Autonomía de la voluntad y crisis matrimoniales,* Navarra: Civitas, p. 50.

[51] PAZ ARÉS RODRÍGUEZ, I. (2013). "Previsiones capitulares", *op. cit.,* pp. 102 y 116.

[52] GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. (2008). "Acuerdos y contratos prematrimoniales (I)", *Boletín de Derecho de Familia, núm. 81, julio*, p. 11. Asimismo, AGUILAR RUIZ, L. (2014). "Los pactos prematrimoniales. Vigencia y actualidad en el nuevo Derecho de familia", *op. cit.,* p. 107, los define como "los celebrados por los futuros contrayentes, antes de la celebración de su matrimonio, para regular aspectos jurídicos de su convivencia o las consecuencias de su eventual divorcio.

[53] GARCÍA MAYO, M. (2023). *Pactos prematrimoniales en previsión de crisis matrimonial*, *op. cit.,* p. 17.

Por su parte, MUÑOZ NAVARRO, J.A. (2020). "Los pactos prematrimoniales o en previsión de ruptura matrimonial", *LA LEY Derecho de Familia, número 25, enero*, p. 2 configura los pactos prematrimoniales como "las decisiones o acuerdos de los cónyuges adoptados antes o después de celebrado el matrimonio dirigidas a regular las consecuencias personales y económicas de una eventual y futura ruptura matrimonial".

Para ORTIZ VIDAL, Mª.D., (2018). "Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura en derecho internacional privado", *Revista Jurídica de la Región de Murcia, número 52*, p. 50 los pactos prematrimoniales constituyen "un negocio jurídico en virtud del cual los futuros cónyuges regulan convencionalmente, con anterioridad a haber contraído matrimonio aspectos relativos a sus relaciones personales durante el matrimonio y a través del cual, pue-

den incluso prever las consecuencias de una eventual ruptura en caso de separación, divorcio o declaración de nulidad del matrimonio".

En fin, RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2018). *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, p. 21 los conceptúa "como aquellos negocios jurídicos de Derecho de Familia en virtud de los cuales quienes tienen planeado contraer matrimonio, o se hallan en una situación de ordinaria convivencia matrimonial, prevén de manera total o parcial las consecuencias que pudieran derivarse de la posible ruptura de su matrimonio, bien sea por separación o bien por divorcio".

[54] DIEZ PICAZO, L. (1962). "El negocio jurídico de Derecho de Familia", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia, número 1*, p. 778 señala que "hay negocio jurídico cuando hay un acto de autonomía privada enderezado a construir, al modificar o extinguir o determinar el contenido de una relación jurídica. No hay negocio jurídico cuando el impacto que recibe la relación es obra de un acto de ejercicio de un poder o de cumplimiento de un deber. El síntoma esencial a que debe atenderse para determinar si un acto es o no un negocio jurídico no es la derivación *ex voluntate* de sus efectos, sino la intervención en que él haya tenido la autonomía privada". En consecuencia, el autor define el negocio jurídico familiar como "aquel acto de autonomía de las personas que tiene por objeto la constitución, modificación, extinción i reglamentación de una relación jurídica familiar".

[55] En esta línea, GARCÍA RUBIO, Mª.P. (2003). "Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil", *op. cit.*, p. 1655; RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2018). *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, op. cit., p. 22.

[56] GARCÍA MAYO, M. (2023). *Pactos prematrimoniales en previsión de crisis matrimonial, op. cit.*, p. 29.

[57] RJ 1998,9649.

[58] RJ 2011,3137.

[59] En esta línea, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6ª, de 27 de octubre de 2021 (JUR 2022,46233).

[60] RJ 2002,1619.

[61] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, sección 1ª, de 10 de febrero de 2022 (JUR 2022,164708) en esta línea señala que "el establecimiento de estos pactos está claramente autorizado por el principio de autonomía de la voluntad en el ámbito jurídico privado reflejado en el artículo 1255 del Código Civil, adquiriendo estos pactos eficacia inter partes conforme a lo dispuesto en el artículo 1258 del mismo Código; lo que es predicable a veces de determinadas estipulaciones contenidas en la propuesta de convenio regulador aunque después no sean judicialmente aprobados o que complementan el convenio, la validez de los contratos celebrados entre cónyuges, aplicable igualmente en el caso de las personas unidad por una relación *more uxorio*, ante la previsión de posibles rupturas". Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª, de 20 de julio de 2023 (Roj. SAP B 8289/2023; ECLI:ES:APB:2023:8289) manifiesta que "estos acuerdos alcanzados por ambos cónyuges en los convenios matrimoniales en la medida en que se hayan referidos a cuestiones de libre disposición (entre los que se encuentra las de contenido económico) son auténticos negocios de familia que tienen carácter contractual, por lo que para su validez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general (artículo 1261 del Código Civil) además del cumplimiento de las formalidades especiales exigidas por la ley con carácter *"ad solemnitaten"* o *"ad sustantian"* para determinados actos de disposición".

[62] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Lleida, sección 2ª, de 10 de julio de 2019 (JUR 2019,226262); de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 1ª, de 19 de febrero de 2020 (JUR 2020,111684) son auténticos negocios jurídicos de derecho de familia, tienen carácter contractual; por lo que, para su validez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general (artículo 1261 del Código Civil) además del cumplimiento de las formalidades establecidas por la ley; de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2ª, de 21 de junio de 2022 (JUR 2022,310653) los pactos, que celebren los cónyuges, regulando sus relaciones personales y patrimoniales, son perfectamente válidos y exigibles,

siempre que concurra los requisitos de toda clase de contratos, es decir, consentimiento, objeto y causa (artículo 1261 del Código Civil) se respeten las exigencia de forma *ad solemnitatem* requeridas para determinados actos jurídicos y siempre que los acuerdos adoptados no sobrepasen los límites que a la libre autonomía de la voluntad de las partes impone el artículo 1255 del Código Civil que, exige no sean contrarias a la ley imperativa, a la moral y al orden público; y, de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4ª, de 30 de marzo de 2023 (JUR 2023,253846) se trata de un pacto prematrimonial suscrito al amparo del principio de la libre autonomía de la voluntad de las partes (artículo 1255 del Código Civil) y además bajo la iniciativa y el control del propio recurrente abogado en ejercicio. Es un documento que contiene en sus cláusulas una completa y detallada regulación en caso de divorcio de los aspectos personales y cuestiones económicas y laborales de los cónyuges, con referencias concretas además a la regulación del modelo de custodia, pensión de alimentos, derecho de visitas e, igualmente, a la modificación del régimen de separación de bienes, su duración y posterior cambio a régimen ganancial.

[63] Roj STS 358/2022; ECLI:ES:TS:2022:358.

Asimismo, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24ª, de 30 de noviembre de 2023 (Roj. SAP M 18818/2023; ECLI:ES:APM:2023:18818).

[64] MORALEJO IMBERNÓN, N (2013). "Comentario al artículo 1325 del Código Civil". En: R. Bercovitz Rodríguez Cano (dir), *Comentario al Código Civil, T. VII*, Valencia: tirant lo blanch, pp. 9373-9374.

[65] DIEZ PICAZO, L. (1962). "El negocio jurídico de Derecho de Familia", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia, número 212, 6 (junio),* p. 775.

[66] DE CASTRO Y BRAVO, F. (2008). *Derecho Civil de España, vol. III El negocio jurídico*, Madrid: Civitas, p. 194.

[67] JUR 2023,13490.

[68] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de junio de 2012 (RJ 2012,6853); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1ª, de 24 de noviembre de 2022 (JUR 2023,13490).

[69] LÓPEZ BURNIOL, J.J. (1989). *Convenios reguladores de las crisis matrimoniales*, Navarra: Universidad de Navarra, pp. 50-51.

[70] RJ 1997,3251. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5ª, de 17 de febrero de 2021 (JUR 2021,130068).

[71] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de junio de 2023 (Roj. STS 2539/2023; ECLI:ES:TS:2023:2539) carácter vinculante del convenio suscrito y no homologado. Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Lugo, sección 1ª, de 15 de enero de 2019 (JUR 2019,47391); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 12ª, de 4 de marzo de 2019 (JUR 2019,119108); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 6ª, de 4 de marzo de 2019 (JUR 2019,121347).

[72] RJ 1987,4553.

[73] RJ 1993,365.

[74] RJ 1998,9649.

[75] En esta línea, las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4ª, de 14 de diciembre de 2018 (JUR 2019,63020); y, de la Audiencia Provincial de León, sección 2ª, de 20 de julio de 2021 (JUR 2021,316823) alude a la validez del convenio regulador no ratificado por los cónyuges, debe ser considerado como un negocio de derecho de familia. La falta de ratificación y por ende, de homologación le impide forma parte del proceso de divorcio, pero no pierde eficacia procesal como negocio jurídico.

[76] RJ 2011,3137.

[77] RJ 2012,1248.

[78] RJ 2012,5911. Asimismo, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª, de 7 de marzo de 2022 (AC 2022,1509) define el convenio como negocio jurídico de Derecho de familia con plena y total virtualidad al ser expresión del principio de autonomía de la voluntad, en el que se regula la pensión compensatoria, el derecho de uso sobre

las viviendas y un pacto de indivisión que se deja sin efecto por acuerdo de las partes; y, de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1ª, de 7 de julio de 2020 (JUR 2020,255728).

[79] RJ 2022,1043.

[80] Para ORTIZ VIDAL, Mª.D., (2018). "Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura en derecho internacional privado", *op. cit.,* p. 59 el convenio regulador y los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura son instituciones jurídicas distintas, a pesar de que cumplan una función similar. "De un lado, el convenio regulador se formaliza en el momento en el que surge la crisis matrimonial, mientras que, el pacto prematrimonial en previsión de ruptura lo hace desde la fecha en la que se otorga, que siempre será antes de contraer matrimonio. De otro lado, el convenio regulador exige ser aprobado judicialmente para poder surtir efectos, mientras que los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura no requieren de dicha aprobación judicial".

[81] GARCÍA MAYO, M. (2023). *Pactos prematrimoniales en previsión de crisis matrimonial, op. cit.,* p. 34.

[82] En este sentido, GARCÍA MAYO, M. (2023). *Pactos prematrimoniales en previsión de crisis matrimonial, op. cit.,* p. 36. Asimismo, la resolución de la DGRN de 19 de junio de 2003 "las capitulaciones pueden contener "cualesquiera otras disposiciones por razón del matrimonio (artículo 1325) como disposiciones que por vía de donación o de cualquier otro acto uno de los esposos hace a favor del otro, o las que les hace un tercero como los ascendientes (donaciones, mejora, promesas de mejorar o no mejorar) que en modo alguno son objeto de publicidad en el registro Civil, sin perjuicio que algunas de ellas deban inscribirse en el Registro de la Propiedad".

[83] GARCÍA MAYO, M. (2023). *Pactos prematrimoniales en previsión de crisis matrimonial, op. cit.,* p. 43. En la misma línea, MORALEJO IMBERNÓN, N. (2013). "Comentario al artículo 1325 del Código Civil", *op. cit.,* p. 9396.

[84] RJ 2011,3137.

[85] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de abril de 1997 (LA LEY 6125,1997); de 21 de diciembre de 1998 (RJ 1998,9649); de 15 de febrero de 2002 (LA LEY 4526,2002); y de 15 de octubre de 2018 (RJ 2018,4295) y la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1ª, de 11 de septiembre de 2020 (JUR 2020,351975) el contrato celebrado entre los cónyuges antes de su divorcio no ha de concebirse como modificación del convenio regulador sino como pacto legítimo entre los litigantes entonces matrimonio para reordenar la situación patrimonial ante la existencia de una crisis matrimonial existente ya entones y que más tarde se concretó en la disolución del vínculo por divorcio.

Al respecto, señala RUBIO GIMENO, G. (2014). *Autorregulación de la crisis de pareja (Una aproximación desde el Derecho Civil catalán)*, Madrid: Dykinson, p. 62 "su carácter contractual conlleva que sean vinculantes para las partes con independencia de si se han sometido a aprobación judicial o de si dicha aprobación se ha producido efectivamente, si bien, en ausencia de la misma, carecerán de eficacia procesal en el procedimiento consensual de ruptura. En este sentido, la fuerza vinculante del acuerdo no resulta de la aprobación judicial, sino de la propia autonomía de la voluntad que ha dado lugar al mismo (artículo 1091 del Código Civil), y ello no conlleva especialidad en el contexto del ámbito negocial familiar"

[86] RJ 1998,9649.

[87] RJ 1997,3251.

[88] RJ 2002,1619.

[89] RJ 1997,3251.

[90] RJ 1987,4553.

[91] En el mismo sentido, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de noviembre de 2018; y, de 2 de febrero de 2022.

[92] RJ 2018,4748.

[93] RJ 2022,622.

[94] RJ 2022,1043.

[95] Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2ª, de 21 de junio de 2022 (JUR 2022,310653); de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 2ª, de 4 de octubre de 2022 (JUR 2023,129439) además de destacar el profundo cambio del modelo social y matrimonial que se viene experimentando la sociedad demandando un sistema menos encorsetado y con mayor margen de autonomía dentro del derecho de familia, compatible con la libertad de pacto entre cónyuges que proclama el artículo 1323 del Código Civil, a través del cual debe potenciarse la facultad de autorregulación de los cónyuges (artículo 1255 del Código Civil); indica que "se deduce que no existe prohibición legal frente a los denominados pactos prematrimoniales, debiendo ponerse el acento en los límites a los mismos, que están en la protección de la igualdad de los cónyuges y en el interés de los menores, si los hubiere (…)". Concluye que, como razona la apelada el convenio parece una mera aplicación de lo previamente pactado, adaptado para que fuera provechoso a ambas partes, sin que la mención al desequilibrio suponga que los esposos pactaran o acordaran desvincularse de lo previamente establecido; de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4ª, de 30 de marzo de 2023 (JUR 2023,253846); de la Audiencia Provincial de Ourense, sección 1ª, de 5 de abril de 2023 (JUR 2023,217066); y, de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 1ª, de 4 de mayo de 2023 (JUR 2023,282360); y de 1 de junio de 2023 (JUR 2023,281629).

[96] GARCÍA RUBIO, M.P. (2003). "Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil", *Anuario de Derecho Civil, T. LVI, Fasc*ículo IV, octubre-diciembre, pp. 1657-1658.

[97] REBOLLEDO VARELA, Á. (2008). "Pactos en previsión de una ruptura matrimonial (Reflexiones a la luz del Código Civil, del Código de Familia, y del Anteproyecto de Ley del Libro II del Código Civil de Cataluña)". En: J. Gómez Gálligo (coord.), *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias, T. I*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, p. 739.

[98] El artículo 231-20 bajo el título "Pactos en previsión de una ruptura matrimonial" señala que: *"1. Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial pueden otorgarse en capítulos matrimoniales o en escritura pública. En el supuesto de que sean antenupciales, solo son válidos si se otorgan antes de los treinta días anteriores a la fecha de celebración del matrimonio. 2. El notario, antes de autorizar la escritura a que se refiere el apartado 1, debe informar por separado a cada uno de los otorgantes sobre el alcance de los cambios que pretenden introducirse con los pactos respecto al régimen legal supletorio y debe advertirlos de su deber recíproco de proporcionarse la información a que se refiere el apartado 4. 3. Los pactos de exclusión o limitación de derechos deben tener carácter recíproco y precisar con claridad los derechos que limitan o a los que se renuncia. 4. El cónyuge que pretenda hacer valer un pacto en previsión de una ruptura matrimonial tiene la carga de acreditar que la otra parte disponía, en el momento de firmarlo, de información suficiente sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas, siempre y cuando esta información fuere relevante con relación al contenido del pacto. 5. Los pactos en previsión de ruptura que en el momento en que se pretende el cumplimiento sean gravemente perjudiciales para un cónyuge no son eficaces si este acredita que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron"*.

[99] Artículo 25 bajo la rúbrica el contenido de la carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales dispone que: *"En la carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales se puede establecer el régimen económico del matrimonio y cualesquiera otros pactos de naturaleza patrimonial o personal entre los cónyuges o a favor de ellos, de sus hijos nacidos o por nacer, ya para que produzcan efectos durante el matrimonio, o incluso después de la disolución del mismo, sin más límites que lo que establece esta ley, lo que resulte de las buenas costumbres y lo que imponga la absoluta igualdad de derechos y obligaciones entre los consortes dentro de su patrimonio"*.

[100] Artículo 80 señala que: *"las capitulaciones matrimoniales podrán establecer libremente cualquier régimen de bienes de familia y ordenar: 1. Las donaciones propter nuptias. 2. Los señalamientos y entregas de dotes y dotaciones. 3. Las renuncias de derechos. 4. Las donaciones esponsalicias, las arras y las donaciones entre cónyuges. 5. Los pactos sucesorios. 6. Las*

disposiciones sobre el usufructo de fidelidad. 7. Cualesquiera otras disposiciones por razón del matrimonio".

[101] El artículo 195 dispone que: "*Los cónyuges pueden regular sus relaciones familiares en capítulos matrimoniales, tanto antes como después del matrimonio, así como celebrar entre sí todo tipo de contratos, sin más límites que los del principio standum est chartae"*. Y el artículo 197 establece: *"2. Si se otorgan antes del matrimonio, no producirán efectos hasta la celebración de éste, salvo que prevean un momento posterior para su eficacia. 3. En cualquier caso, los otorgantes pueden someter la eficacia de las estipulaciones a condición, o término, incluso darles efecto retroactivo, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros"*.

[102] Artículo 172 dispone que*: "Los cónyuges podrán pactar en capitulaciones matrimoniales la liquidación total o parcial de la sociedad y las bases para realizarla, con plena eficacia al disolverse la sociedad"*.

[103] Vid., un estudio detallado sobre tal *Uniform Premarital Agreement Acts* realizado CERVILLA GARZÓN, Mª.D. (2017). "Acuerdos prematrimoniales y matrimoniales en el actual Derecho de los Estados Unidos: The Uniform premarital and marital agreement Act (2012)", *Revista de Derecho Civil, vol. IV, número 2, abril-junio*, pp. 12-20.

[104] CERVILLA GARZÓN, Mª.D. (2017). "Acuerdos prematrimoniales y matrimoniales en el actual Derecho de los Estados Unidos: The Uniform premarital and marital agreement Act (2012)", *op. cit.,* pp. 43 a 47.

[105] GASPAR LERA, S. (2012). "Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho inglés", *Indret julio*, pp. 7-8 sostiene en orden a una mayor concreción de esta afirmación lo siguiente: "En primer lugar, que la libertad de consentimiento de los otorgantes debe garantizarse no sólo aplicando las reglas generales de los contratos sobre vicios del consentimiento, sino exigiendo el cumplimiento de ciertos requisitos específicos. (…) Sobre esta bases y por lo que se refiere al caso enjuiciado (…) ninguna objeción cabe oponer a la libre determinación de las partes, pues, dispusieron de tiempo, información y asesoramiento suficientes para comprender el alcance de lo que firmaban; en segundo lugar, en cuanto al contenido de los acuerdos prematrimoniales se manifiesta en la sentencia que la autonomía de la voluntad de las partes tendrá como límite el interés de los hijos y las necesidades de los cónyuges; de modo que, no cabría admitir una pacto de renuncia anticipada a estas atenciones; (…) en tercer lugar, se pone de relieve que los acuerdos en previsión de ruptura válidamente celebrados carecerán de eficacia, si en el momento en que se pretende su cumplimiento son injustos para los hijos menores o para uno de los cónyuges por haberse producido un cambio imprevisto de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al tiempo de su celebración (…)".

[106] RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2018). *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, *op. cit.,* pp. 118-119.

[107] Vid., las sentencias del Tribunal Constitucional, Pleno, de 14 de diciembre de 1992 (RTC 1992,222); de 18 de enero de 1993; de 15 de febrero de 2001 (RTC 2001,47); de 12 de septiembre de 2005 (Pleno) (RTC 2005,611); de 13 de abril de 2013 (RTC 2013,93); de 15 enero 2018 (Pleno) (RTC 2018,17); de 25 enero de 2021 (RTC 2021,1); y, de 21 de marzo de 2022 (RTC 2022,40), En concreto, se ha reiterado la doctrina que debe excluiré la aplicación analógica de la pensión compensatoria a los supuestos de ruptura de la convivencia en parejas de hecho, bien reiterando la doctrina para casos de pensión compensatoria, bien al solucionar otros problemas jurídicos planteados con ocasión del cese de la convivencia de parejas (sentencias 927/2005, de 5 de diciembre; 299/2008, de 8 de mayo; 1040/2008, de 30 de octubre; 1155/2008, de 11 de diciembre; 416/2011, de 16 de julio; 130/2014, de 6 de marzo; y 713/215, de 16 de diciembre. También se ha pronunciado la Sala sobre la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto en la liquidación de relaciones patrimoniales entre los miembros de una pareja no matrimonial; bien para apreciar su existencia cuando concurren sus presupuestos (sentencia 306/2011, de 6 de mayo), bien para negarla cuando existe normativa específica que regula el supuesto concreto (sentencia 927/2005, de 5 de diciembre). Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de marzo de 1995

(RJ 1995,1962); de 27 de mayo de 1998 (RJ 1998,3382); de 22 de enero de 2001 (RJ 2001,678); y de 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005,7148),

Asimismo, vid., LACRUZ BERDEJO, J.L. (1990). "Convivencia mora uxorio. Estipulaciones y presunciones", *Centenario al Código Civil (1889-1989), vol. I,* Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, pp. 1061-1063; ANGUITA DE LOS RÍOS, R.M. (2011). "El hogar familiar tras la ruptura de la convivencia en pareja", *Derecho y Familia en el siglo XXI: el derecho de familia ante los grandes retos del siglo XXI, T. I*, Almería: Universidad de Almería, pp. 89-91; CERDEIRA BRAVO DE MANSILA, G. y GARCÍA MAYO, M. (2017). "Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura", *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Madrid: Reus, pp. 239-241.

[108] Vid., GARCÍA RUBIO, Mª.P. (2003). "Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil", *op. cit.,* p. 1656.

[109] RJ 2006,417.

[110] RJ 2005,10185.

[111] RJ 2018,76.

[112] En esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 6ª, de 4 de marzo de 2019 (JUR 2019,121347).

[113] RJ 2013,2908.

[114] RJ 2021,3684.

[115] Vid., GARCÍA MAYO, M. (2021). "Pactos prematrimoniales y compensación". En: J. R. De Verda y Beamonte (dir.), *La compensación por desequilibrio en la separación y divorcio. Tratado práctico interdisciplinar*, Valencia: tirant lo blanch, p. 135; del mismo autor (2020). "Los pactos prematrimoniales como mecanismo de justicia preventiva en tiempos de pandemia". En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.), *Coronavirus y derecho en estado de alarma*, Madrid: Reus, pp. 395-396; BARRIO GALLARDO, A. (2016). "Pactos en previsión de una ruptura matrimonial: problemas y soluciones a la luz del Derecho español", *op. cit.,* p. 81; MÉNDEZ TOJO, R. (2018). "Validez de los pactos prematrimoniales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales", *Actualidad Civil, número 4, abril*, p. 2.

En relación con la renuncia a la pensión compensatoria en un convenio regulador, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de febrero de 2003 (RJ 2003,1523) alega la esposa que firmó el convenio bajo la presión de haber sufrido grave intimidación por parte de su marido. sin embargo, la Sala entiende que tales intimidaciones y violencias alegadas por la esposa no han quedado acreditadas, ni tan siquiera de manera indiciaria. Es, por ello, que considera el Alto Tribunal que la cláusula pactada sigue desplegando todos sus efectos liberatorios "al tratarse de un pacto lícito, enmarcado en la libre voluntad de los otorgantes y los vincula conforme a los artículos 1254, 1255 y 1258 del Código Civil". Por su parte, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de junio de 2015 (RJ 2015,2657) respecto de un pacto prematrimonial ante notario se descartó en la Audiencia Provincial la existencia de vicios en el consentimiento, y lo ratifico el Alto Tribunal, apoyándose en la forma de operar por parte del esposo, pues, después de acordar el pacto comparece, de nuevo, ante notario para realizar una aclaración respecto a la actualización de la cantidad fijada como pensión a pagar su esposa, y, además el acuerdo se cumplió durante un tiempo.

Tampoco, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4ª, de 14 de diciembre de 2018 (JUR 2019,63020) la demandante ha probado la concurrencia de vicio del consentimiento cuando procedió a la firma del convenio. Se indica que, los términos en los que está redactada la estipulación referente a la pensión compensatoria no presenta dificultad de comprensión y que la renuncia a su reclamación está relacionada con la asunción por parte del marido de la obligación de hacerse cargo de los alimentos de la hija mayor de edad, que se afirma carece de ingresos, sin exigir a la madre el pago de una pensión como contribución a los alimentos de la hija; tampoco en la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 2ª, de 29 de noviembre de 2021 (JUR 2022,60113) las coacciones no han quedado probadas; ni se prueba la existencia de vicios del consentimiento en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 19ª, de 11 de febrero de 2022 (JUR 2022,141325).

Sin embargo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 3ª, de 21 de octubre de 2019 (JUR 2020,338831) se indica que, el convenio fue redactado por la letrada de la parte demandante, sin asesoramiento legal, con la que tenía intereses contrapuestos, y, por tanto, se puede afirmar la existencia de vicios del consentimiento.

[116] Vid., la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª, de 31 de marzo de 2016 (RJ 2016,3642) señala que, el cumplimiento del deber de información que regula el citado artículo 231-20.4 del Código Civil de Cataluña no constituye, propiamente, un requisito formal de la invalidez, sin perjuicio de los efectos que su incumplimiento pudiera tener sobre la correcta formación del consentimiento necesario, este sí, para su validez. En cambio, la carga de probar dicho cumplimiento, o, alternativamente, que el otorgante frente al que se invoca el pacto disponía por cualquier otro medio de dicho información al tiempo de su otorgamiento, sí constituye un presupuesto de su eficacia vinculante (artículo 233-5.1 del Código Civil catalán), con independencia que el notario autorizante hubiere cumplido adecuadamente su deber de asesoramiento (artículo 231-20-2 del Código Civil catalán). Por lo demás, la información que se trata ha de ser sustancialmente fiel a la realidad económica que pretende transmitir, lo que podrá hacerse por cualquier medio de comunicación, no necesariamente documental y aunque no responda a estándares contables, siempre que será con el detalle y la precisión suficientes como para que los otorgantes puedan formarse recíprocamente un cabal conocimiento sobre la composición de sus respectivos patrimonios al tiempo del otorgamiento de los pactos, sobre la fuente de sus ingresos o rentas de cualquier procedencia vigente entonces y sobre sus correspondientes expectativas económicas que sean razonablemente previsibles en ese momento, con sus valores aproximados respectivos, a fin que —por lo que se refiere en concreto al pacto previsto en el artículo 233-16.1 del Código Civil catalán sobre la pensión compensatoria, que es del que se trata aquí— aquellos puedan valorar fundadamente si las obligaciones que asumen o las renuncias que aceptan en previsión de la ruptura de la convivencia se adecuan o no a los específicos y respectivos planteamientos o intenciones negociales que inspiren su consentimiento a los pactos. Precisamente por ello, la relevancia de la información que habla el artículo 231-20.4 del Código Civil catalán habrá de medirse no solo en relación con el contenido del pacto, sino también en atención a la intención evidenciable de las partes al otorgarlo, de modo que si el eventual déficit no hubiera podido condicionar razonablemente el consentimiento del otorgante, ni su decisión de pactar, deberá considerarse intrascendente. Asimismo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª, de 7 de marzo de 2022 (AC 2022,1509) hubo asesoramiento independiente y la asistencia letrada de los abogados que intervinieron.

[117] GARCÍA MAYO, M. (2023). *Pactos prematrimoniales en previsión de crisis matrimonial, op. cit.,* p. 83.

[118] En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de mayo de 2018 (RJ 2018,2358) se trata de un pacto prematrimonial realizado ante notario seis años antes de las nupcias y en el que se renuncia a la pensión compensatoria.

[119] BARBA, V. (2021). "Los pactos prematrimoniales en el derecho italiano. Propuesta de reforma de acuerdo con el derecho catalán", *Anuario de Derecho Civil, número 1*, p. 57.

[120] CARRASCO PERERA, Á. (2013). "Comentario al artículo 6 del Código Civil". En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, T. I,* Valencia: tirant lo blanch, pp. 148-149.

[121] Vid., GARCÍA MAYO, M. (2021). "Pactos prematrimoniales y compensación", *op. cit.,* p. 130.

[122] La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de febrero de 2006 (RJ 2006,622) afirma que "La autonomía privada de los cónyuges permite pactar lo que crean más conveniente para sus intereses y para ello pueden utilizar los documentos privados, siempre que las Leyes no exijan, para la validez del acto que estén realizando, el otorgamiento de escritura pública".

[123] Roj. STS 6729/2012; ECLI: ES:TS:2012:6729. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de febrero de 2020 (RJ 2020,485).

[124] GARCÍA MAYO, M. (2023). *Pactos prematrimoniales en previsión de crisis matrimonial, op. cit.,* p. 120.

[125] PÉREZ HEREZA, J. (2009). "La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales", *op. cit.*, p. 588; AGUILAR RUIZ, l. (2014). "Pactos prematrimoniales: el papel de la autorregulación en las crisis de pareja". En: L. Aguilar Ruiz, J.L. Arjona Guajardo-Fajardo y G. Cerdeira Bravo de Mansilla (coords.), *Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, p. 27; HIJAS CID, E. (20199. "Pactos prematrimoniales", *op. cit.,* p. 7.

[126] MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2011). "Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en el Derecho Catalán", *op. cit.,* p. 363; por su parte, PUIG FERRIOL, L. (2004). "Matrimoni-unió estable de parella: aspectes prolèmatics, *Revista Jurídica de Cataluña, núm. 3,* p. 665, apunta que, en capitulaciones matrimoniales pueden incluirse cuestiones patrimoniales, porque los efectos personales del matrimonio se regulan imperativamente por ley.

[127] GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. (2008). "Acuerdos y contratos prematrimoniales (II)", *Boletín de Derecho de Familia, núm. 82, septiembre 2008*, p. 3; GARCÍA RUBIO, M.P. (2003). "Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil", *op. cit.,* p. 1669; SERRANO DE NICOLÁS Á. (2011). "Los pactos en previsión de ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña", *op. cit.,* p. 337; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2009). "Consecuencias de la crisis matrimonial y autonomía de la voluntad". En: C. Guilarte Martín Calero (coord.), *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales, coordinadora*, Valladolid: Lex Nova, p. 108; HIJAS CID, E. (2019). "Pactos prematrimoniales", *op. cit.,* p. 8.

[128] MEDINA ALCOZ M. (2013). "Los acuerdos prematrimoniales: análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del derecho civil común", *op. cit.,* p. 327.

[129] SERRANO DE NICOLÁS, Á. (2011). "Los pactos en previsión de ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña", *op. cit.,* pp. 337-338.

[130] GASPAR LERA. S. (2011). "Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad", *Anuario de Derecho Civil, vol. 64,* p. 1054.

[131] GARCÍA RUBIO, M.P. (2003). "Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil", *op. cit.,* p. 1670; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2011). "Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en el Derecho Catalán", *op. cit.,* p. 362 nos recuerda la línea doctrinal y jurisprudencial existente favorable a la indemnización por los daños morales en las crisis matrimoniales. Asimismo, precisa que, "en principio, parece que se trataría de un daño extracontractual, pero si se formaliza un acuerdo en previsión de ruptura que prevea una indemnización cuando la crisis venga motivada por el incumplimiento de algún deber conyugal, o de uno en concreto, como el deber de fidelidad, la cuestión se trasladaría al terreno de la responsabilidad contractual y se disiparían las dudas sobre la procedencia o no de una indemnización por daños morales, en la medida que su reconocimiento derivaría directamente de la autonomía de la voluntad, manifestada a través del pacto".

En esta línea, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 31 de marzo de 2011 (LA LEY 29142,2011) declara la validez de un pacto en que se entrega a la esposa desde el momento en que se produzca la separación, la cantidad equivalente a 200.000 pesetas mensuales, más el importe de su actualización. Esta renta mensual con cargo al marido es independiente de si concurren o no los requisitos para la pensión compensatoria; y, de 20 abril de 2012 (LA LEY 56725,2012), en el que se declaró, asimismo, válido un pacto incluido en un convenio regulador, en virtud del cual, "por el notorio desequilibrio económico" producido por la separación, el marido debería abonar a su mujer la cantidad mensual de 250.000 ptas. Se consideró válido el acuerdo al amparo de la autonomía de la voluntad y, además, porque en dicho pacto "no se contemplaba el desequilibrio, sino que se acordaba el pago de una cantidad abstracción hecha del mismo y de las circunstancias posteriores en el ámbito económico de la esposa".

[132] PEREZ HEREZA, J. (2008). "La autonomía de la voluntad en la crisis matrimonial", *op. cit.*, pp. 589-590.

[133] PAZ ARÉS RODRÍGUEZ, I. (2008). "Previsiones capitulares", *op. cit.,* p. 32; GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. (2008) "Acuerdos y contratos prematrimoniales (II)", *op. cit.,* pp. 4-5; REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2008). "Pactos en previsión de ruptura matrimonial", *op. cit.,* p. 748; GARCÍA RUBIO, Mª. P. (2003). "Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil", *op. cit.,* p. 1669; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. (2014). "Pactos prematrimoniales, cláusulas penales y daños morales". En: L. Díez-Picazo (coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel, T. I,* Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, p. 1872 habla de una limitación al libre desarrollo de la personalidad del que insta el divorcio. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, sección 2ª, de 17 de febrero de 2003 (LA LEY 3308,2003), declaró nula la cláusula recogida en la escritura pública de capitulaciones, según la cual "en caso de cese de la convivencia conyugal, durante el primer año, D….asume la obligación de indemnizar a Dª… en la cantidad de un millón de pesetas, después de transcurrido el primer año de convivencia, al millón de pesetas se sumaría la cantidad de ochenta y tres mil trescientas treinta y tres pesetas por mes transcurrido de convivencia". Señala la sentencia al respecto que: "nos encontramos ante un exponente manifiesto del uso de la libertad de pactos para regir la vida económica del matrimonio, conforme el artículo 1255 del Código Civil en relación con los artículos 1315 y 1325 del mismo y la doctrina que configura el Derecho de Familia como integrante del Derecho privado, en donde lo público y los intereses de la sociedad deben quedar al margen de su regulación. Sin embargo, esa concepción del régimen económico del matrimonio tienen sus límites legales"; si bien, precisa que "la sentencia recurrida ha considerado que la citada cláusula de la escritura de capitulaciones es nula por ser contraria al orden público matrimonial, considerándola contraria a las buenas costumbres, la moral y la ética social pues supone penalizar el cese de la convivencia conyugal, no considerando admisible que se pague por la convivencia matrimonial. Este Tribunal estima también que la referida cláusula es nula por aplicación del artículo 1328 del Código Civil, que considera así cualquier estipulación limitativa de los derechos que corresponden a cada cónyuge. En efecto de admitirse la validez de la estipulación, se estarán autorizando cláusulas penales que limitarían el derecho a la separación matrimonial, reconociendo implícitamente en el artículo 32.2 de nuestra Constitución, lo que no es admisible y supondría un retroceso en el régimen de derechos de los cónyuges y los colocaría a uno de ellos en desigualdad no sólo con respecto al otro en el ámbito de ese matrimonio, sino en general con los demás al limitarse la posibilidad de instar esa separación matrimonial. Por otra parte, la nulidad de la cláusula alcanza a los casos en que no se instase judicialmente la separación, pues, se prevé su operatividad para los casos de simple cese de la convivencia. La razón de ello estaría en la falta de igualdad de los cónyuges que ocasiona aquélla y que sería contraria al artículo 32.1 de la Constitución que consagra el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. Esta igualdad se perdería desde el momento en que la convivencia conyugal se condiciona, en cuanto a su cese, por medio de una cláusula penal que con el transcurso del tiempo, puede hacer muy gravoso o de casi imposible cumplimiento el abono de la indemnización contractual. Por consiguiente, una interpretación armónica de nuestras normas jurídicas que rigen el Derecho de Familia, en particular el matrimonio, nos lleva a hacer una declaración de nulidad de dicha cláusula en cuanto que lesiona los derechos fundamentales de los cónyuges".

[134] MEDINA ALCOZ, M., (2013). "Los acuerdos prematrimoniales: análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del derecho civil común", *op. cit.,* p. 306.

[135] MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2009). "Consecuencias de la crisis matrimonial y autonomía de la voluntad", *op. cit.,* p. 114.

[136] RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2018). *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, *op. cit.,* p. 340.

[137] En esta línea, HIJAS CID, E. (2019). "Pactos prematrimoniales", *op. cit.,* p, 8 si bien añade que "lo que debe rechazarse de plano es la validez de acuerdos que efectivamente al-

teren el sistema de divorcio establecido por el legislador, por ejemplo, introduciendo causas que permitan a los consortes pedir la separación o el divorcio, pues, tales pactos chocan frontalmente con la reserva de ley en materia de matrimonio"

[138] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5ª, de 26 de julio de 2013 (LA LEY 159256,2013) se fija un pacto prematrimonial en que los esposos acuerdan la fijación de una renta vitalicia a favor de la esposa en caso de ruptura.

[139] RJ 2018,4748.

[140] En esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12ª, de 31 de mayo de 2021 (JUR 2021,1267086).

[141] RJ 2012,6115. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª, de 12 y 19 de julio de 2023 (Roj. SAP B 7251/2023; ECLI:ES:APB:2023:7251; Roj. SAP B 8291/2023; ECLI:ES:APB:2023:8291).

[142] RJ 2010,417.

[143] RJ 2012,573.

[144] RJ 2012,422.

[145] En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de noviembre de 2022 (RJ 2022,5143) no procede la pensión por desequilibrio, pues, la esposa solicitante de la pensión continuó desarrollando con normalidad su actividad laboral en el sector óptico después del matrimonio. Los ingresos muy superiores del marido proceden de la farmacia que le pertenecía desde antes del matrimonio. La diferencia de patrimonio y de ingresos entre los cónyuges no guarda relación alguna con la pérdida de oportunidades de la esposa como consecuencia de su dedicación a la familia o a la colaboración en actividades económicas del esposo. El matrimonio no le impidió trabajar ni la diferencia salarial es una consecuencia directa del matrimonio, sino de sus propias actitudes y capacidades. Además la guarda y custodia de las hijas se atribuyó al padre, quien asume prácticamente todos los gastos; tampoco en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª, de 12 de mayo de 2021 (RJ 2021,4250) hay ausencia de desequilibrio económico por lo que no se cumple el requisito del artículo 83.1 del Código Foral aragonés que la esposa haya sufrido un empeoramiento en si situación anterior a la convivencia por la ruptura de la misma, pues, tal desequilibrio en relación con la posición del otro no trae causa del matrimonio. La esposa partía de una situación de desigualdad desde antes del matrimonio, debido a su enfermedad incapacitante, que le impedía trabajar. No fue el matrimonio lo que motivó esta situación, ni su dedicación al cuidado de la familia la que impidió su desarrollo en este ámbito. No consta que el esposo se viera especialmente favorecido en su carrera como funcionario porque su esposa se dedicara a la familia. El desequilibrio debe traer causa del matrimonio, de la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas del cónyuge más desfavorecido por la ruptura a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia. Y, asimismo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4ª, de 21 de julio de 2021 (JUR 2021,339125) no hay desequilibrio económico, partiendo de las adjudicaciones realizadas a la mujer, pues se atribuyen a la esposa la vivienda y el coche con obligación del marido de ocuparse de los préstamos correspondientes.

[146] RJ 2018,15961.

[147] RJ 2011,5666.

[148] RJ 2014,2122. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2021). "Presupuestos de la compensación (La noción de desequilibrio económico)". En: J.R. De Verda y Beamonte (dir.), P. Chaparro Matamoros y Á. Bueno Biot (coords.), *La compensación por desequilibrio en la separación y divorcio. Tratado práctico interdisciplinar,* Valencia: tirant lo blanch, p. 27 precisa que "si ambos cónyuges resultan estar en una posición parecida no hay desequilibrio compensable, incluso, aunque quien reclama la prestación, haya visto empeorada su situación después de la separación o del divorcio".

[149] RJ 2020,450.

[150] RJ 2019,447.

[151] RJ 2022,2220.

[152] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de mayo de 2022 (RJ 2022,2159).

[153] RJ 2009,1637.

[154] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2ª, de 23 de diciembre de 2016 (JUR 2017,15363)

[155] RJ 2020,450; RJ 2020,450.

[156] RJ 2020,2502.

[157] RJ 2021,5195.

[158] RJ 2022,1043.

Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de octubre de 2023 (Roj. STS 4414/2023; ECLI:ES:TS:2023:4414) que añade que "la pensión compensatoria entre de lleno en el marco de las facultades dispositivas que corresponden a los cónyuges, los cuales cuentas con la capacidad vinculante de configurarla de la forma que estime oportuna. Son, por tanto, perfectamente válidos los pactos relativos a su renuncia, cuantía, límites temporales, capitalización".

[159] En esta línea, las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1ª, de 7 de junio de 2021 (JUR 2021,323521) la pensión compensatoria se trata de un derecho subjetivo sujeto a los principios generales de justicia rogada y del principio dispositivo formal; y, de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 1ª, de 4 de mayo de 2023 (JUR 2023,282360).

[160] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª, de 12 de julio de 2023 (Roj. SAP B 6459/2023; ECLI:ES:APBA:2023:6459).

[161] RJ 2016,2112.

[162] RJ 2018,1478.

[163] RJ 2018,5457.

[164] RJ 2019,4630.

[165] RJ 2020,485.

[166] RJ 2020,1598.

[167] RJ 2020,2502.

[168] RJ 2022,1578.

[169] En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de noviembre de 2022 (RJ 2022,5143) no procede la pensión por desequilibrio, pues, la esposa solicitante de la pensión continuó desarrollando con normalidad su actividad laboral en el sector óptico después del matrimonio. En todo caso, los ingresos muy superiores del marido proceden de la farmacia que le pertenecía desde antes del matrimonio. La diferencia del patrimonio y de ingresos entre los cónyuges no guarda relación alguna con la pérdida de oportunidades de la esposa como consecuencia de su dedicación a la familia o a la colaboración en la actividad económica del esposo. El matrimonio no le impidió trabajar ni la diferencia salarial es una consecuencia directa del matrimonio, sino de sus propias actitudes y capacidades. Además, la guarda y custodia de las hijas se atribuyó al padre, quien asume prácticamente todos los gastos.

[170] RJ 2028,1478.

[171] RJ 2010,8023.

[172] RJ 2011,2351.

[173] RJ 2011,4890.

[174] RJ 2012,10114.

[175] RJ 2020,1598.

[176] En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de mayo de 2022 (RJ 2022,3202) considera procedente fijar una pensión compensatoria con un límite de cinco años a contar desde la fecha de la sentencia de la Audiencia, respetando la misma cantidad determinada por el tribunal provincial, al reputarla adecuada a las circunstancias concurrentes. Estimado dicho periodo de tiempo suficiente para la progresiva incorporación de la demandante en la vida laboral y superar de este forma el desequilibrio que le hace acreedora a su fijación. Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª,

de 5, 6 y 19 de julio de 2023 (Roj. SAP B 7279/2023; ECLI:ES:APB:2023:7279 300 euros al mes con un límite temporal de 2 años; Roj, SAP B 7322/2023; ECLI:ES:APB:2023:7322 pensión compensatoria temporal de 600 euros al mes durante 36 meses y 950 en tres años; Roj. SAP B8290/2023; ECLI:ES:APB:2023:8290) pensión de 600 euros en 18 meses; y, de la misma Audiencia Provincial, sección 12ª, de 24 de julio de 2023 (Roj. SAP B 8232/2023; ECLI:ES:APB:2023:8232) pensión compensatoria a favor de la mujer en cinco años.

[177] RJ 2020,2502.

[178] RJ 2020,1598.

[179] RJ 2020,2315.

[180] RJ 2021,5195.

[181] RJ 2019,4630.

[182] RJ 2020,3847. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5ª, de 22 de septiembre de 2022 (JUR 2023,86331) no se ha pactado de forma expresa la limitación temporal de la pensión compensatoria y estima que no es procedente, dada la duración del matrimonio, 36 años hasta el Decreto de Divorcio, y la propia edad de la demanda que, aunque tenga su profesión de Maestra de Educación Primaria, no podrá superar en los años sucesivos, con sus propios medios, el desequilibrio económico que ya desde el 23 de junio de 2011 en la sentencia de separación se apreció y que ahora sigue persistiendo.

[183] RJ 2022,1578. También, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de septiembre de 2022 (RJ 2022,4076) falta de datos fiables aportados en el procedimiento de divorcio acerca de cómo se verá afectada la economía de la beneficiaria de la pensión tras la liquidación del régimen económico matrimonial y, por tanto, la incertidumbre sobre la superación de su desequilibrio, la razón que explica que, en ocasiones, no se hayan tenido en cuenta alegaciones genéricas sobre la futura liquidación del régimen bien para cuantificar bien para limitar temporalmente la pensión. De la misma manera, que se ha considerado irrelevante la liquidación del régimen de gananciales a efectos de apreciar una modificación de las circunstancias que permitiera modificar o extinguir la pensión cuando ya se tuvo en cuenta el patrimonio existente en el momento de fijarla junto a otros datos, como la absoluta falta de cualificación profesional de la esposa (sentencias de 17 de octubre de 2018).

[184] Roj. STS 3482/2022; ECLI:ES:TS:2022:3482.

[185] Roj. STS 869/2023; ECLI:ES:TS:2023:869.

[186] RJ 2013,7014.

[187] RJ 2015,3978.

[188] GARCÍA RUBIO, Mª.P. (2003). "Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil", *op. cit.*, p. 1662; RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M. (2018). "Los pactos pre-ruptura conyugal: el difícil equilibrio entre la autonomía privada de los cónyuges y la solidaridad", *op. cit.*, p. 117; PÉREZ HEREZA, J. (2009). "La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales", *op, cit.,* p. 570; QUICIOS MOLINA, S. (2016). "Pacto prematrimonial de constitución de renta vitalicia a favor de la esposa. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2015", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, número 101, mayo-agosto*, p. 5; ALONSO MARTÍNEZ, Á. (2017). "La renuncia a la pensión compensatoria en un pacto prematrimonial: el juego de la autonomía de la voluntad". En. Mª.Á. Parra Lucán (dir.), *Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinar*, Granada: Comares, p. 163. Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de abril de 2012 (RJ 2012,5911); de 30 de mayo de 2022 (RJ 2022,2830); y, de 6 de junio de 2023 (JUR 2023,246412); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4ª, de 4 de diciembre de 2020 (JUR 2021,67231).

[189] RJ 1987,9174.

[190] RJ 2014,2489.

[191] RJ 1987,9174.

[192] RJ 2018,1112.

[193] RJ 2022,1043.

[194] RJ 2022,2830.

[195] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 6ª, de 4 de diciembre de 2020 (JUR 2021,35419); y, de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección 1ª, de 17 de mayo de 2022 (JUR 2022,287677).

[196] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4ª, de 8 de junio de 2017 (JUR 2017,232895) en la que se afirma la validez de un pacto en previsión de ruptura en el que los cónyuges habían pactado el pago por parte del marido a la esposa tanto de una pensión alimenticia como de una pensión compensatoria.

[197] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de mayo de 2022 (RJ 2022,2159) donde se estima una disminución de la cuantía, pues, existe un desequilibrio económico tras el divorcio, pero no de tan elevada proporción como el valorado en la sentencia recurrida. La beneficiaria obtuvo durante el matrimonio una situación económica de privilegio, con respecto al que disfrutaba antes del mismo. Se fija una pensión compensatoria de 1.000 euros con carácter indefinido; y, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de junio de 2023 (JUR 2023,246412) donde la reducción de la pensión compensatoria y su nueva configuración, dada en el convenio de 3 de febrero de 2020, entra de lleno en las facultades dispositivas de las partes, sin que se factible desligarse unilateralmente de lo pactado cuando no se da una justificación suficiente para hacerlo. Por todo ello, la Sala otorga valor jurídico a lo pactado en convenio de 3 de febrero de 2020 que no es contrario a la ley, a la moral, ni al orden público, sino expresión de la libre autonomía de la voluntad de las partes, que no cabe desconocer dado el carácter vinculante de los pactos libremente asumidos (artículo 1091 del Código Civil).

[198] REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2008). "Pactos en previsión de ruptura matrimonial", *op. cit.*, p. 753; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2009). "Consecuencias de la crisis matrimonial y autonomía de la voluntad", *op. cit.*, p. 110; MEDINA ALCOZ, M. (2013). "Los acuerdos prematrimoniales: análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del derecho civil común", *op. cit.*, pp. 310-311; AGUILAR RUIZ, L., y HORNERO MÉNDEZ, C. (2006). "Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: autonomía de la voluntad y control judicial", *Revista Jurídica del Notariado, núm. 57, enero-marzo*, p. 20; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2011). "Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en el Derecho Catalán", *op. cit.*, p. 357.

Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de abril de 2012 (RJ 2012,5911) que el pacto entre Dª Carolina y su marido relativo al pago de una pensión compensatoria no tuvo como función la compensación del desequilibrio económico que pudiera surgir consecuencia de la separación, sino que tuvo otra función. Esta función se observa cuando las partes establecieron que "con independencia de lo pactado, la esposa queda en total libertad para trabajar e iniciar otra vida laboral o negocial, sin que ello suponga detrimento en el importe de la pensión a satisfacer por el esposo". Esta parte del pacto no ha sido tenida en cuenta por la sentencia recurrida y constituye una expresión clara que era voluntad expresa de ambos que la denominada pensión que, se pactaba en el convenio de referencia, debía abonarse a pesar de la actividad laboral o negocial de la acreedora de dicha pensión. De ahí que, concluya que fuera cual fuera la razón y el origen de este pacto, que no se ha impugnado, la entrada de Dª. Carolina en el mercado de trabajo no permite la extinción de la pensión compensatoria pactada con estas condiciones, porque en ficho pacto no se contempla el desequilibrio, sino que se acuerda el pago de una cantidad, abstracción hecha del mismo y de las circunstancias posteriores en el ámbito económico de la esposa; de 11 de diciembre de 2015 (RJ 2015,5414); y, de 30 de mayo de 2022 (RJ 2022,2830) que, partiendo de que los cónyuges pueden pactar los que consideran más convenientes sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia del divorcio o la separación, dispone que, este carácter vinculante de lo pactado con respecto a la pensión compensatoria fue reconocido, además de la citada sentencia de 20 de abril de 2012 (RJ 2012,5911); en la sentencia ulterior de 25 de marzo de 2014 (RJ 2014,2489); así como en la sentencia de 11 de diciembre de 2015 (RJ 2015,5414) en la que se estableció como doctrina jurisprudencial que "a los efectos de la extinción de la pensión compensatoria, habrán de tenerse en cuenta

los acuerdos contenidos en el convenio regulador, con absoluto respeto a la autonomía de la voluntad de ambos cónyuges, siempre que no sean contraria a la ley, la moral y el orden público. O más recientemente, en las sentencias de 14 de marzo de 2018 (RJ 2018,1112); y de 21 de febrero de 2022 (RJ 2022,1043).

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de febrero de 2022 (RJ 2022,1043) las partes determinaron convencionalmente que cuando la prestación del actor quedaba extinguida; es decir, cuando sobreviniera carencia de medios (trabajo o bienes) para hacer frente a la pensión, e, igualmente, en el caso que Dª. Ángeles contrajera un nuevo matrimonio. Este acuerdo, al que le dieron carácter vinculante, es perfectamente válido, al entrar en el marco de las facultades dispositivas de las partes, y sin que plantearan cuestión alguna relativa a que su suscripción se llevara a efecto bajo la concurrencia de un vicio en el consentimiento (artículo 1265 del Código Civil), de difícil apreciación, además, cuando los litigantes estaban debidamente asesorados por sus respectivas letradas. Es obvio que, la relación entre Dª. Ángeles y D. Alfredo, sin convivencia en el mismo domicilio sin proyección pública frente a terceros e incluso hijos de la demandada con intención firme desde el inicio de la relación, de trasladarse a Portugal, no encaja en la causa pactada de extinción de la pensión.

[199] CABEZUELO ARENAS, A.L. (2004). "¿Es válida la renuncia a una eventual pensión compensatoria formulada años antes de la separación en capitulaciones matrimoniales?, *Aranzadi Civil, núm. 18, 2004*, p. 2382.

[200] A ellos se refiere, MEDINA ALCOZ, M. (2013). "Los acuerdos prematrimoniales: análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del derecho civil común", *op. cit.,* p. 312.

[201] REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2008). "Pactos en previsión de ruptura matrimonial", *op. cit.,* p. 749; PAZ ARÉS RODRÍGUEZ, I. (2008). "Previsiones capitulares", *op. cit.,* p. 134; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2011). *Pactos prematrimoniales*, Madrid: Tecnos, p. 169; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (1995). *Los acuerdos de los cónyuges en la pensión por separación o divorcio*, Valencia: tirant lo blanch, pp. 55-56; GARCÍA MAYO, M. (2021). "Pactos prematrimoniales y compensación", *op. cit.,* p. 143. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de mayo de 2018 (RJ 2018,2358); y, de 31 de enero de 2022 (RJ 2022,622); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, de 27 de febrero de 2007 (LA LEY 37166,2007) disponiendo al respecto que "centrando la problemática en la renuncia anticipada, cual es el supuesto que nos ocupa, efectuada por los futuros cónyuges a través de capitulaciones matrimoniales, la duda se centra en determinar si la renuncia lo es a un derecho subjetivo o, antes bien, ante un supuesto de exclusión voluntaria a la ley aplicable, dado que el derecho a la pensión no ha llegado a nacer, al no haberse producido una crisis conyugal que da lugar a su nacimiento, o, a mayor abundamiento, no se ha celebrado el matrimonio como circunstancia que condiciona necesariamente el posterior nacimiento de dicho derecho, que se concreta al momento de la ruptura matrimonial acreditado, en su momento, el desequilibrio económico entre los esposos. Tampoco es pacífica la doctrina emanada de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, y sirva como ejemplo la sentencia de 12 de diciembre de 2000 (Audiencia Provincial de Asturias) que señala "la imposibilidad de renunciar de modo anticipado a la pensión compensatoria, en escritura pública de liquidación de la sociedad legal de gananciales, en base al argumento de que no cabe la renuncia a derechos o beneficios otorgados por las leyes, cuando éstos aún no han surgido ni se han integrado, en consecuencia, en el patrimonio del renunciante, no siendo posible, por tanto, renunciar a un derecho que todavía no ha nacido, que, en el caso de la pensión compensatoria, nace en el momento de la separación, a condición de que se produzca un desequilibrio económico de uno de los cónyuges en relación a la posición del otro, de tal manera que la renuncia a un futuro e hipotético e incierto derecho, debe ser reputada nula de pleno derecho". Sin embargo, tal argumento puede cuestionarse en la medida que no se trata de renuncia anticipada a un derecho, sino más bien ante una renuncia a la ley, a la que se refiere el artículo 6.2 del Código Civil, al hablar de la exclusión a la ley aplicable, lo que supone excluir voluntariamente, mediante un negocio jurídico, el régimen regulador de un de-

terminado derecho, lo que implica la previa renuncia de los derechos aún no ingresados en el patrimonio de su eventual titular, por haberlo dispuesto así voluntariamente los destinatarios de la norma dispositiva que, han sustituido la regulación de una determinada institución, la pensión compensatoria en nuestro caso, por otra distinta (en el presente supuesto que se analiza ahora por la propiedad del inmueble). Así las cosas, la renuncia a la ley aplicable está sujeta a idénticos límites que la renuncia a los derechos, esto es, que no sea contraria al orden público ni perjudique a derecho de terceros, de manera que, a sensu contrario, no es válida tal renuncia cuando va contra el interés o el orden público o en perjuicio de tercero, por cuanto que se vulneran los límites de la autonomía de la voluntad que, el artículo 6.2 hace coincidir con los generales del artículo 1255 del texto legal antes citado. Y, concluye que "en el orden familiar, el orden público se circunscribe a la determinación de la guarda y custodia, régimen de visitas, atribución del derecho de uso de la vivienda, pensión alimenticia…etc.; no así la fijación de la pensión compensatoria, dado su carácter disponible, en suma, no se afecta el derecho de familia propiamente dicho ni el interés de la familia. Una única duda se plantea en lo que se refiere a la posibilidad de revisar tal renuncia, en el ámbito judicial, y según lo establecido en el artículo 90 del Código Civil, puesto que el apartado segundo de la letra e) del citado precepto, faculta al juez para rechazar aquellos acuerdos que resulten gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges, si bien ello se constriñe a la necesidad de los cónyuges de someter a la aprobación judicial un convenio; en este sentido, la Audiencia Provincial de Barcelona, sentencia de 2 de abril de 1987, defendió que "por lo que atañe a la pensión compensatoria hay que decir que no basta para denegarla la existencia de un pacto anterior en el que la esposa haya renunciado a la misma, sino que debe estimarse y valorarse también otros factores, porque si bien es verdad que las partes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que estimen conveniente siempre que no sean contrarias a la ley, a la moral, sin embargo este principio de aplicación indudable a la materia de contratos, no ha de estimarse con la misma amplitud en materia de matrimonio y filiación, en el que la libertad y autonomía de las partes se restringe con base a otros principios superiores y esto lo demuestra, entre otros, el artículo 90 apartado e) del Código Civil, que permite al juez modificar los acuerdos de los cónyuges cuando estime gravemente perjudicial para uno de ellos…". Esta Sala no puede compartir, con tal carácter categórico, dicha tesis, por cuantas razones se han expuesto en la presente resolución, pues, por lo demás, no se acredita que haya habido perjuicio para terceros no existen hijos o terceros acreedores que, puedan verse defraudados de sus derechos"; y, de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5ª, de 1 de octubre de 2021 (JUR 2022,650230).

[202] GARCÍA RUBIO, M.P. (2003). "Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil", *op. cit.,* p. 1662; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2011). *Pactos prematrimoniales*, *op. cit.,* p. 169.

[203] MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (1995). *Los acuerdos de los cónyuges en la pensión por separación o divorcio*, *op. cit.,* p. 55.

[204] MEDINA ALCOZ, M. (2013). "Los acuerdos prematrimoniales: análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del derecho civil común", *op. cit.,* p. 313; PASTOR VITA, F.J. (2003). "La renuncia anticipada a la pensión compensatoria en capitulaciones matrimoniales", *Revista de Derecho de Familia, abril*, p. 27. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de León, sección 2ª, de 20 de julio de 2021 (JUR 2021,316823).

[205] ROCA TRIAS E. (2006). "Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis", *op. cit.,* p. 2137.

Por su parte, AGUILAR RUIZ, L., y HORNERO MÉNDEZ, C. (2006). "Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: autonomía de la voluntad y control judicial", *op. cit.,* p. 21, consideran la contestación a si la renuncia previa cabe o no, artificiosa, siendo conscientes de que siempre ha de someterse a verificación o control judicial.

[206] GARCÍA RUBIO, M.P. (2003). "Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil", *op. cit.,* p. 1668; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (1995). *Los acuerdos de los cónyuges en la pensión por separación o divorcio*, *op. cit.,* p. 76

señala que, la renuncia es válida si es bilateral o, si existe una interdependencia que impide considerar que limita la igualdad de derechos; para REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2008). "Pactos en previsión de ruptura matrimonial", *op. cit.,* p. 742 la renuncia unilateral es nula, por ser contraria al principio de igualdad conyugal.

[207] Por su parte, MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2011). "Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en el Derecho Catalán", *op. cit.,* p. 356 señala que, la exigencia de reciprocidad en el derecho catalán parece acertada. No obstante, añade que, si profundizamos en la cuestión se podría llegar a una conclusión diferente. Ciertamente puede ocurrir que, por un cambio de las circunstancias inicialmente imprevisto, quien resulte beneficio de la prestación sea quien no renunció a ella, aunque no cabe duda de que esta posibilidad no sería la habitual. Ante tal situación en que solo uno de los miembros de la pareja renuncia al derecho, se plantea, la citada autora, la validez del acuerdo y cómo conciliarlo con el artículo 231-20.3. al respecto establece que "podría entenderse que el acuerdo es nulo, o bien extender la renuncia a quien realizó una manifestación expresa en este sentido, entendiendo que su renuncia ha sido implícita, y que no se ha manifestado expresamente por las escasas probabilidades de que se diera el supuesto de ser beneficiario del derecho". Por lo que en su opinión "esta segunda alternativa sería más acertada, por cuanto salva la validez del pacto y resulta conforme con la voluntad de las partes y con lo dispuesto en el artículo 231-20.3. En ocasiones, por la naturaleza del derecho, la renuncia de uno solo de los cónyuges tiene pleno sentido, y no parecería lógico anular el pacto por falta de reciprocidad. Pensemos, por ejemplo, en la atribución del uso de la vivienda a uno de ellos, lo que necesariamente implica una renuncia a este uso por parte del otro".

[208] PAZ-ARES, I. (2008). "Previsiones capitulares", *op. cit.,* p. 135 señala que, se atenta al principio de igualdad que la renuncia fuese unilateral, o que no afectase de igual modo a ambas partes, y, añade que, se debería privar de eficacia aquellas renuncias que, de cualquier modo, pudieran resultar gravosas o perjudicarles para los hijos o gravemente lesiva de los derechos del cónyuge; por su parte, REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2008). "Pactos en previsión de ruptura matrimonial", *op. cit.,* p. 742 considera nula la renuncia unilateral por ser contrario al principio de igualdad conyugal.

[209] GARCÍA RUBIO, M.P. (2003). "Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil", *op. cit.,* pp. 1672-1673; REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2008). "Pactos en previsión de ruptura matrimonial", *op. cit.,* p. 751; MEDINA ALCOZ, M. (2013). "Los acuerdos prematrimoniales: análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del derecho civil común", *op. cit.,* pp. 315-316; PAZ-ARES, I. (2008). "Previsiones capitulares", *op. cit.,* p. 135; RUBIO GIMENO, G. (2014). *Autorregulación de la crisis de pareja (Una aproximación desde el Derecho civil catalán)*, *op. cit.,* p. 90.

[210] GARCÍA MAYO, M. (2023). *Pactos prematrimoniales*, *op. cit.,* pp. 167-168.

[211] RJ 2015,2657.

[212] Roj STS 942/2028; ECLI:ES:TS:2018:942.

[213] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de julio de 2011 (RJ 2011,5122); de 31 de enero de 2014 (RJ 2014,813); de 26 de marzo de 2015 (RJ 2015,1170); y, de 14 de abril de 2015 (RJ 2015,1528), entre otras.

[214] RJ 2011,5122.

[215] RJ 2017,880.

[216] RJ 2014,1170; RJ 2015,1528; RJ 2015,5322.

vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de octubre de 2023 (Roj. STS 4408/2023; ECLI:ES:TS:2023:4408).

[217] RJ 2017,1720. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de enero de 2022 (RJ 2022,53) alta como autónoma en la carnicería de su marido, sin haber llegado a trabajar en la misma. No se dedicó a trabajar en exclusiva al trabajo del hogar durante tres meses.

[218] RJ 2015,5322; RJ 2016,2219.

vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de octubre de 2023 (Roj. STS 4408/2023; ECLI:ES:TS:2023:4408).

[219] RJ 2011,5122.

[220] RJ 2014,813.

[221] RJ 2015,1170.

[222] RJ 2015,5322.

[223] RJ 2015,5414.

[224] RJ 2017,673.

[225] RJ 2019,5090.

[226] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de marzo de 2023 (RJ 2023,1567) la finalidad de la compensación al cónyuge por el trabajo "para la casa" la de reequilibrar la falta de proporción a los respectivos recursos de las contribuciones de cada uno a las cargas del matrimonio antes de su disolución.

[227] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 2019 (RJ 2019,5090).

[228] MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2011). *Pactos prematrimoniales*, *op. cit.*, p. 106; GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. (2008). "Acuerdos y contratos prematrimoniales (II)", *op. cit.*, p. 6; MEDINA ALCOZ, M. (2013). "Los acuerdos prematrimoniales: análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del derecho civil común", *op. cit.*, pp. 317-318; de la misma autora ("015). "Pactos prematrimoniales, "pacta sunt servanda" y modificación sobrevenida de las circunstancias", *op. cit.*, p. 782; AGUILAR RUIZ, L. (2014). "Los pactos prematrimoniales. Vigencia y actualidad en el nuevo Derecho de familia", *op. cit.*, p. 122, PAZ-ARES I. (2008). "Previsiones capitulares", *op. cit.*, p. 128; HIJAS CID, E. (20199. "Pactos prematrimoniales", *op. cit.*, p. 10; GARCÍA MAYO, M. (2023). *Pactos prematrimoniales*, *op. cit.*, pp. 150-151; MEDINA ALCOZ, M. (2015). "Pactos prematrimoniales "pacta sunt servanda" y modificación sobrevenida de las circunstancias". En: M. Pereña Vicente y P. Delgado Martín (dirs.), *Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa*, Navarra. Thomson Reuters Aranzadi, p. 782; RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2018). *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, *op. cit.*, p. 294.

vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de octubre de 2023 (Roj. STS 4408/2023; ECLI:ES:TS:2023:4408).

[229] REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2008). "Pactos en previsión de ruptura matrimonial", *op. cit.*, p. 744.

[230] MEDINA ALCOZ, M. (2013). "Los acuerdos prematrimoniales: análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del derecho civil común", *op. cit.*, p. 318. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6ª, de 27 de octubre de 2021 (JUR 2022,46233); y de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, de 27 de febrero de 2023 (JUR 2023,129047).

[231] RJ 2023,1566.

[232] RJ 2022,5243.

[233] EGEA FERNÁNDEZ, J. (2003). "Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial", *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luís Díez-Picazo, T. III*, Madrid: Thomson, p. 4571.

[234] MORENO VELASCO, M. (2013). *Autonomía de la voluntad y crisis matrimoniales*, *op. cit.*, pp. 62-63; PAZ-ARES, I. (2008). "Previsiones capitulares", *op. cit.*, p. 129.

[235] MEDINA ALCOZ, M. (2013). "Los acuerdos prematrimoniales: análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del derecho civil común", *op. cit.*, p. 301; PAZ-ARES, I. (2008). "Previsiones capitulares", *op. cit.*, pp. 123-127; REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2008). "Pactos en previsión de ruptura matrimonial", *op. cit.*, p. 744.

[236] PAZ ARES, I. (2008). "Previsiones capitulares", *op. cit.*, pp. 124-126.

[237] AGUILAR RUIZ, L. (2014). "Los pactos prematrimoniales: el papel de la autorregulación en las crisis de pareja", *op. cit.*, p. 38 habla de pactos dirigidos a establecer las bases de la liquidación en caso de divorcio.

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 2ª, de 30 de julio de 2018 (JUR 2018,310174) los contrayentes convinieron para la liquidación del matrimonio que se produciría la comunicación de ganancias, considerándose lo ganado o adquirido por título oneroso tanto por el marido como por la mujer como bienes comunes, sin que quepa advertir error, contradicción, ni interpretación contraria a las reglas de la lógica cuando se declara: "los cónyuges pactados que en caso de disolverse el matrimonio todos los bienes adquiridos por cada uno de los esposos a título oneroso constante el mismo serían considerador a efecto de la liquidación como bienes comunes" y entendemos que el citado acuerdo se encuentra amparado por el principio de libertad de pacto y que no infringe norma alguna de derecho imperativo, pues, los cónyuges se encuentran facultados para acordar lo que estimen oportuno sobre el carácter común o privativo de sus bienes, y para convenir que se aplique en la liquidación de su régimen matrimonial o dispuesto en el Código Civil sobre liquidación de la sociedad de gananciales.

[238] EGEA FERNÁNDEZ, J. (2003). "Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial", *op. cit.*, p. 4570; PAZ-ARES, I. (2008). "Previsiones capitulares", *op. cit.*, p. 127; REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2008). "Pactos en previsión de ruptura matrimonial", *op. cit.,* p. 744 destaca en la previsión sobre derechos de adjudicación preferente más allá de la regulación del artículo 1406 del Código Civil, la preferencia sobre el negocio o empresa familiar, aunque no se disuelva por causa de muerte, adjudicación de acciones al titular formal.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de julio de 2023 (Roj. STS 3287/2023; ECLI:ES:TS:2023:3287) dispone al respecto que los cónyuges pueden celebrar, al amparo del artículo 1323 del Código Civil, acuerdos dirigidos a transmitir bienes privativos al patrimonio ganancial, sin que se exija una determinada forma. En la liquidación de la sociedad de gananciales previa a la división judicial de la herencia acuerdan los cónyuges atribuir carácter ganancial a bienes privativos.

Lo que, se puede, también incluir tal acuerdo atributivo de bienes de un patrimonio a otro en pactos prematrimoniales.

[239] PAZ-ARES, I. (2008). "Previsiones capitulares", *op. cit.,* pp. 123-124, señala que, cabría que los contrayentes ampliasen el concepto de cargas incorporando otras no contempladas en el artículo 1362 del Código Civil; asimismo como distribuir con efectos meramente internos (y no externos) su deber de contribución a dichas cargas; se puede concretar que un cónyuge contribuya con una cantidad fija, señalar un máximo, establecer un mínimo, o fijar un porcentaje. Y, añade, el límite de este último pacto sería que guardara alguna proporción con las respectivas capacidades económicas de los cónyuges, por ser una exigencia mínima derivada del principio de igualdad. Por esto último, considera el autor, que es inválido el pacto por el que se excluye totalmente a un cónyuge de su deber de contribución.

[240] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 6ª, de 18 de enero de 2021 (JUR 2021,81148) la validez del acuerdo en que se transmite al demandado el pleno dominio de la vivienda y, en cuanto al precio, la contraprestación económica a percibir por la demandante, se acuerdo la forma de pago.

[241] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª, de 3 de julio de 2023 (Roj. SAP B 7300/2023; ECLI:ES:APBA:2023:7300) las partes firmaron ante notario en escritura pública pactos prenupciales en previsión de ruptura en la que acordaron de forma recíproca el compromiso de renunciar a un derecho de uso sobre el domicilio familiar que se establecería en la vivienda sita en Barcelona…, vivienda que constituía el domicilio familiar. Tal pacto en previsión de ruptura cumple los requisitos establecdos en el artículo 231-20 del Código Civil catalán.

[242] AGUILAR RUIZ, L. (2014). "Los pactos prematrimoniales. Vigencia y actualidad en el nuevo Derecho de familia", *op. cit.,* p. 117; MEDINA ALCOZ, M. (2015). "Pactos prematrimoniales "pacta sunt servanda" y modificación sobrevenida de las circunstancias", *op. cit.,* p. 783.

[243] REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2008). "Pactos en previsión de ruptura matrimonial", *op. cit.,* p. 746; GARCÍA MAYO, M. (2023). *Pactos prematrimoniales en previsión de crisis matrimonial, op. cit.,* p. 159 el fundamento de la medida consistente en la atribución del uso de la vivienda familiar no es otro que proteger al más débil.

[244] GARCÍA MAYO, M. (2023). *Pactos prematrimoniales en previsión de crisis matrimonial, op. cit.,* p. 158; HIJAS CID, E. (2019). "Pactos prematrimoniales", *op. cit.,* pp. 5-6.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de julio de 2023 (Roj. STS 3322/2023; ECLI:ES:TS:2023:3322) señala que "(….) en palabras de la sentencia 351/2020, de 24 de junio: "(…) la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil. (…) esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores, mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el Juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría la vulneración de los derechos de los hijos menores, derechos que la Constitución incorporó en el ordenamiento jurídico español (artículos 14 y 39 de la CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de Protección del Menor. (…) Es cierto que esta Sala viene admitiendo en algunas resoluciones recientes la concurrencia de supuestos excepcionales que pudieran mitigar las consecuencias del inflexible rigor en la aplicación del artículo 96.1 del Código Civil"". Lo dice esta Sala de lo Civil —sentencia de 17 de junio de 2013— cuando manifiesta que: "Hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar, si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios". Consecuencia de lo expuesto es la siguiente doctrina: "la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil" (221/2011, de 1 de abril; 181/2014, de 3 de abril; 301/2014, de 29 de mayo; 297/2014, de 2 de junio; 660/2014, de 28 de noviembre; 282/2015, de 18 de mayo (…)".

De forma que, es posible pactar sobre el uso de la vivienda familiar cuando hay hijos menores de edad si operasen cualquiera de los dos factores citados.

[245] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, de 26 de febrero de 2021 (JUR 2021,160918).

[246] AGUILAR RUIZ, L. (2014). "Los pactos prematrimoniales. Vigencia y actualidad en el nuevo Derecho de familia", *op. cit.,* p. 117.

[247] ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. (2008). "Acuerdos prematrimoniales. Hacia la validez de los pactos preventivos de la ruptura conyugal", *Economista & Jurist, núm. 118, marzo*, p. 23; AGUILAR RUIZ, L. (2014). "Los pactos prematrimoniales. Vigencia y actualidad en el nuevo Derecho de familia", *op. cit.,* p. 118.

[248] HIJAS CID, E. (2019). "Pactos prematrimoniales", *op. cit.,* p. 10 precisando, al respecto que "en el momento en que uno de los cónyuges entrase en una situación de necesidad que active la obligación de dar alimentos, el juez no estará obligado a sujetarse al acuerdo sobre alimentos convencionales entre consortes".

Por su parte, en caso de pareja estable no se reconoce el derecho a la prestación compensatoria, pero sí un derecho a la prestación alimentaria en los artículos 234-10 y siguientes del Código Civil catalán; si bien, este Código no se refiere de manera expresa a los pactos realizados en previsión de cese de la convivencia que se refieran a esta prestación. Para MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2011). "Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en el Derecho Catalán", *op. cit.,* pp. 359-360 "no parece que debería advertirse óbice alguno para pactar sobre

este extremo, acordando la cuantía, modalidad de pago o duración de la pensión. También, añade "podría acordarse la renuncia. el artículo 234-10.2 establece como límite al pacto de renuncia de esta prestación que comprometa la posibilidad de atender a las necesidades básicas del conviviente que tienen derecho a pedirla, salvo que haya incorporado a una propuesta de convenio presentada de acuerdo con el artículo 234-6". La norma, como indica la citada autora "No se refiere expresamente a la renuncia anticipada, sino que sólo alude a la renuncia. No obstante, en la medida que el Código Civil catalán admite genéricamente los pactos en previsión del cese de la convivencia estable, parece adecuado entender que la norma es de aplicación siempre que haya renuncia, ya que se produzca esta con carácter previo o cuando cesa la convivencia".

[249] MEDINA ALCOZ, M. (2013). "Los acuerdos prematrimoniales: análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del derecho civil común", *op. cit.,* p. 336; SERRANO DE NICOLÁS, Á. (2011)."Los pactos en previsión de ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña", *op. cit.,* p. 375.

[250] HIJAS CID, E. (2019). "Pactos prematrimoniales", *op. cit.,* pp. 11-12.

[251] MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2011). *Pactos prematrimoniales*, *op. cit.,* p. 114, pone de manifiesto la dificultad de exigir un acuerdo sobre guarda y custodia, cuando una vez acaecida la separación alguno de los progenitores quiera separarse de lo convenido. Por ello y, a diferencia de los casos en que el pacto se refiere a cuestiones patrimoniales, estima más prudente evitar que el pacto prematrimonial se extienda a estas cuestiones, y que, si una vez sobrevenida la crisis no hay acuerdo, sea el juez el que decida sobre la cuestión.

[252] MEDIDA ALCOZ, M. (2014). "Pactos prematrimoniales, "pacta sunt servanda" y modificación sobrevenida de las circunstancias", *op. cit.,* p. 785 precisa, al respecto que "dentro del denominado *plan de parentalidad* caben los pactos sobre guarda y custodia conjunta o compartida, así como los que regulan el régimen de comunicaciones y estancia de los hijos con el progenitor no custodio".

[253] MEDINA ALCOZ, M. (2013). "Los acuerdos prematrimoniales: análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del derecho civil común", *op. cit.,* p. 336; GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. (2008). "Acuerdos y contratos prematrimoniales (II)", *op. cit.,* pp. 6-7. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, 27 de mayo de 2002 (LA LEY 100202,2002) que señala que "El artículo 170 del Código Civil establece que el padre o la madre podrá ser privado total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial; por su parte, la jurisprudencia, interpretando el precepto, ha declarado reiteradamente el carácter social, imprescriptible e indisponible de este derecho-función por ejemplo en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1991, y también que las limitaciones a la patria potestad deben interpretarse restrictivamente, concepto que repite la sentencia del mismo Alto Tribunal de 6 de julio de 1996; de aquí se desprende que los cónyuges no pueden convenir la privación de la patria potestad para uno de ellos en relación con su hijo, tal como ha hecho en la cláusula primera del convenio presentado para su aprobación judicial".

[254] MEDINA ALCOZ, M. (2013). "Los acuerdos prematrimoniales: análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del derecho civil común", *op. cit.,* p. 337. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 6ª, 7 de mayo de 2002 (LA LEY 87305,2002) dispone que "Es objeto también del recurso de apelación la declaración de nulidad de ciertas cláusulas del convenio regulador, concretamente la de que "para el caso de que la madre llegase a tener relación de pareja con otra persona, la custodia de las hijas pasaría al padre, salvo que éste también tenga relación de pareja", así como que "el padre también obtendrá la custodia de las hijas en caso de que la madre traslade su residencia fuera de Santiago de Compostela o no pueda pernoctar con su hijas en esta ciudad". Ciertamente que lo primero supone un claro atentado contra la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, que no se justifica en un hipotético interés de las menores, pues en el caso de que dicha situación llegase a producirse, valorando la incidencia que pueda tener sobre ellas, y el interés de éstas, podrá someterse a decisión un cambio en la guarda y custodia,

como también el caso de un eventual traslado de residencia de la madre, sin que pueda condicionarse de antemano la atribución de la guarda y custodia a la permanencia en Santiago sin merma de su libertad de residencia. El mismo Código Civil prevé específicamente en el artículo 90 que el Juez puede desaprobar alguna cláusula contenida en el convenio regulador que puede ser dañosa para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges, evaluación que perfectamente puede llevarse a cabo, de no haberse reparado en ello con anterioridad, cuando se somete a consideración las medidas que han de regular los efectos del divorcio".

[255] REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2008). "Pactos en previsión de ruptura matrimonial", *op. cit.,* p. 746; MEDINA ALCOZ, M. (2013). "Los acuerdos prematrimoniales: análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del derecho civil común", *op. cit.,* p. 335; por su parte, PAZ-ARES, I. (2008). "Previsiones capitulares", *op. cit.,* p. 145 señala que, aunque no cabe renuncia ni transacción sobre el derecho de los hijos; no obstante, cabe que los cónyuges fijen unos criterios con arreglo a los cuales se pueda determinar esa pensión o su cuantía. Dicho pacto producirá sus efectos hasta la eventual revisión judicial.

[256] RJ 2018,4295.

[257] MEDINA ALCOZ, M. (2013). "Los acuerdos prematrimoniales: análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del derecho civil común", *op. cit.,* p. 308; FERRER RIBA, J. (2001). "Relaciones familiares y límites del Derecho de Daños", *Indret número 4*, p. 14; HIJAS CID, E. (2019). "Pactos prematrimoniales", *op. cit.,* p. 13.

[258] GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. (2008). "Acuerdos y contratos prematrimoniales (II)", *op. cit.,* p. 4; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2011). *Pactos prematrimoniales*, *op. cit.,* p. 102, optan por la validez de tales acuerdos; AGUILAR RUIZ, L. (2014). "Los pactos prematrimoniales: el papel de la autorregulación en las crisis de pareja", *op. cit.,* p. 30.

[259] AGUILAR RUIZ, L. (2014). "Los pactos prematrimoniales. Vigencia y actualidad en el nuevo Derecho de familia", *op. cit.,* p. 113; MEDINA ALCOZ, M. (2013). "Los acuerdos prematrimoniales: análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del derecho civil común", *op. cit.,* pp. 328-329; RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2018). *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, *op. cit.,* p. 250. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 6ª, 7 de mayo de 2002 (LA LEY 87305,2002).

[260] AGUILAR RUIZ, L. (2014). "Los pactos prematrimoniales. Vigencia y actualidad en el nuevo Derecho de familia", *op. cit.,* p. 113; de la misma autora (2014). "Los pactos prematrimoniales: el papel de la autorregulación en las crisis de pareja", *op. cit.,* p. 30; RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. (2018). *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, *op. cit.,* p. 254. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 1ª, de 12 de abril de 2002 (LA LEY 71311,2002).

[261] MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2011). *Pactos prematrimoniales*, *op. cit.,* pp. 109-110.

[262] MEDINA ALCOZ, M. (2013). "Los acuerdos prematrimoniales: análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del derecho civil común", *op. cit.,* p. 319.

[263] El artículo 231-20 del Código Civil catalán señala que, solo son válidos, si se otorgan antes de los treinta días anteriores a la fecha de celebración del matrimonio; y, añade en el apartado 2 del mismo que, el notario, antes de autorizar la escritura, debe informar por separado a cada uno de los otorgantes sobre el alcance de los cambios que pretenden introducirse con los pactos respecto al régimen legal supletorio y debe advertirlos de su deber recíproco de proporcionarse información.

[264] AGUILAR RUIZ, L. (2014). "Los pactos prematrimoniales. Vigencia y actualidad en el nuevo Derecho de familia", *op. cit.,* p. 110.

[265] DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2012). *Sistema de Derecho Civil, T. IV*, Madrid: Tecnos, p. 149 acogieron ya hace años un concepto amplio de capitulaciones matrimoniales en base al inicio final del artículo 1325 del Código Civil, permitiendo incluir como contenido de las capitulaciones "cualesquiera otras disposiciones por razón del matrimonio", entre ellas y a los efectos que nos interesa, los acuerdos dirigidos a regular las consecuencias de la ruptura de pareja.

[266] El artículo 231-20.1 del Código Civil catalán dispone que, los pactos en previsión de ruptura matrimonial pueden otorgarse en capítulos matrimoniales o en escritura pública. Igualmente, el artículo 25 de la Ley 10/2007, del régimen económico matrimonial valenciano establecía la posibilidad de pactarlos en capitulaciones matrimoniales.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª, de 8 de mayo de 2014 (LA LEY 88846,2014) no considera válidos los pactos en previsión de ruptura matrimonial realizados mediante contrato privado protocolizado por notario.

Por su parte, MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2011). "Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en el Derecho Catalán", *op. cit.*, pp. 352-353, se pregunta para el derecho catalán, si el incumplimiento del requisito de escritura pública en relación con los pactos en previsión de ruptura se traduciría en la eficacia *inter partes* del acuerdo, aunque careciera de eficacia frente a terceros, o en la nulidad radical. A lo que responde que "si llegado el momento de la ruptura, ambas partes estuvieran de acuerdo sobre los términos pactados, la cuestión carecería de trascendencia práctica, porque igual daría entender que el pacto es un acuerdo anterior a la crisis, celebrado en previsión de una eventual y futura ruptura, o que se trata de un acuerdo privado celebrado una vez sobrevenida la crisis, el cual sería eficaz". Y, añade "el problema aparecería cuando una de las partes no quiera avenirse a lo acordado. Si tenemos en cuenta el razonamiento anterior en torno a la validez de las cláusulas privadas con eficacia *inter partes*, y dado que los pactos en previsión de ruptura normalmente no van destinados a producir efectos frente a terceros, podría defenderse su validez. Por otra parte, la forma pública va dirigida en estos casos a procurar ciertas cautelas en la celebración de los pactos que aseguren una voluntad libre y consciente de ambas partes, y los vicios del consentimiento son causa de anulabilidad de los contratos y no de nulidad radical. Esto podría constituir otro argumento a favor de mantener cierta eficacia pese a la inobservancia de las formalidades legales". Y, concluye "no obstante, hubiera sido deseable un pronunciamiento del legislador sobre este extremo que permitiera disipar las dudas".

[267] Vid., el artículo 231-20.5 del Código Civil catalán.

[268] GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. (2008). "Acuerdos y contratos prematrimoniales (I)", *op. cit.*, p. 13.

[269] EGEA FERNÁNDEZ, J. (2003). "Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial", *op. cit.*, p. 4572, aboga por un mayor control judicial de la eficacia de estos pactos, asimismo, AGUILAR RUIZ, L., y HORNERO MÉNDEZ, C. (2006). "Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: autonomía de la voluntad y control judicial", *op. cit.*, pp. 41-42 señalan con relación a los acuerdos de renuncia de la pensión que, debería ser homologados por el juez y, debería éste validarlos siempre que no sobrepasen los límites previstos legalmente, respete el interés general y no conlleve grave perjuicio a terceros (artículo 19.1 de la LEC). Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª, de 10 de septiembre de 2010 (LA LEY 187981,2010).

[270] GARCÍA MAYO, M. (2020). "Los pactos prematrimoniales como mecanismo de justicia preventiva en tiempos de pandemia", *op. cit.*, p. 403.

[271] RJ 2022,1043.

[272] La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de junio de 2015 (Roj, STS 2828/2015; ECLI: ES:TS:2015:2828) indica que "de los expuesto se deduce que no existe prohibición legal frente a los denominados pactos prematrimoniales, debiendo ponerse el acento en los límites a los mismos, que están en la protección de la igualdad de los cónyuges y en el interés de los menores, si los hubiere, pues, no en vano, el artículo 90.2 del Código Civil establece como requisitos para los convenios reguladores, aplicables por analogía en este caso, para su aprobación que no sean dañosos para los menores o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. En igual sentido, el artículo 39 de la Constitución cuando establece la protección de la familia y de la infancia. En esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, sección 1ª, 5 de abril de 2023 (JUR 2023,217066).

[273] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de junio de 2015 (RJ 2015,2657),

[274] En la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5ª, de 26 de julio de 2013 (JUR 2013,331848) no es posible apreciar quiebra alguna del principio de igualdad, pues, la renta vitalicia a cargo del esposo y en favor de la mujer se establece para los supuestos de crisis y separación conyugal, con independencia o abstracción del agente o contingencia provocadora de la iniciativa individual o de conjunto de la interrupción de la convivencia y eventual formalización judicial de la solicitud en vía contenciosa o de mutuo acuerdo. Pero además, en el supuesto analizado los otorgantes son personas maduras, con fallidas experiencias anteriores, cumplidamente formadas en enseñanzas universitarias y dilatado ejercicio en el campo de la medicina y el derecho.

[275] GARCÍA MAYO, M. (2023). *Pactos prematrimoniales, op. cit.,* p. 112. En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de noviembre de 2018 (Roj STS 3739/2018; ECLI:ES:TS:2018:3739): "(…) ello no empece a que se califique eficaz, como negocio jurídico y válido. De forma que, si con esta última calificación se aporta el convenio al proceso contencioso, seguido al frustrado de mutuo acuerdo, no podrá recibir el mismo tratamiento vinculante que en éste, en el que solo el tribunal puede formular reparos si, ante la gravedad de lo acordado en contra de un cónyuge, entrevé un vicio del consentimiento (artículo 777 de la LEC en relación con el artículo 90 del Código Civil), pero tampoco podrá, como afirma la sentencia recurrida, ser tratado como un simple elemento de negociación. Se trata en este caso de un acuerdo de naturaleza contractual, con las posibles consecuencias contempladas en el artículo 1091 del Código Civil. por tanto, una vez aportado con tal naturaleza al proceso contencioso, la parte que lo suscribió, pero no lo ratificó en presencia judicial, tendrá que alegar y justificar, en este proceso, las causas de su proceder, bien por el incumplimiento de las exigencias del artículo 1255 del Código Civil, bien por concurrir algún vicio en el consentimiento entonces prestado, en los términos del artículo 1365 del Código Civil o por haberse modificado sustancialmente las circunstancias que determinaron el inicial consenso, que nada tiene que ver con el cambio de opinión injustificada, sobre todo en supuestos como en el presente en los que cada cónyuge intervino asesorado de letrado en la redacción y suscripción del convenio. (…) si la parte que suscribió el convenio, como negocio jurídico familiar, y que se aporta como tal por la contraparte en el proceso contencioso, no alega ni justifica ninguna de las circunstancias antes mencionadas, el tribunal no ha de decidir sobre las medidas de naturaleza disponible que se le postulan, apartándose de lo libremente pactado por los cónyuges en el convenio suscritos por ambos y haciendo su particular apreciación legal sobre tales medidas".

[276] La sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 1ª, de 8 de julio de 2020 (JUR 2020,282943) señala que "se trata, por tanto, de determinar si se ha producido un cambio sustancial de las circunstancias que el negocio jurídico de derecho de familiar en que consistió el convenio ha perdido su validez, porque como añade la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2018 una vez aportado con tal naturaleza al proceso contencioso —el convenio— la parte que la suscribió pero no lo ratificó en presencia judicial tendrá que alegar y justificar en este proceso, las causas de su proceder, bien por el incumplimiento de las exigencias del artículo 1255 del Código Civil, bien por concurrir algún vicio en el consentimiento, entonces, prestado, en los términos del artículo 1265 del Código Civil, o por haberse modificado sustancialmente las circunstancias que determinaron el inicial consenso, que nada tiene que ver con cambio de opinión injustificado, sobre todo en supuestos, como el presente, en el que cada cónyuge intervino, asesorado de letrado en la redacción y suscripción del convenio". Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5ª, de 17 de febrero de 2021 (JUR 2021,130068) una vez aportado con tal naturaleza al proceso contencioso, la parte que lo suscribió, pero no lo ratificó en presencia judicial, tendrá que alegar y justificar, en este proceso, las causas de su proceder, bien por el incumplimiento de las exigencias del artículo 1255 del Código Civil, bien por concurrir algún vicio del consentimiento entonces prestado, en los términos del artículo 1256 del Código Civil, o

por haberse modificado sustancialmente las circunstancias que determinaron el inicial consenso, que nada tiene que ver con cambio de opinión injustificada, sobre todo en supuestos como el presente en los que cada cónyuge intervino asesorando de letrado en la redacción y suscripción del convenio".

[277] RJ 2013,1819.

[278] RJ 2013,1819; RJ 2013,1604.

[279] De manera específica, respecto de la crisis financiera como hecho determinante para la aplicación de la cláusula, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 2014 (RJ 2014,3526) "(…) 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, por tanto, alterar las bases sobre las cuales la iniciación y el desarrollo de las relaciones contractuales se habían establecido. No obstante, reconocida su relevancia como hecho impulsor del cambio o mutación del contexto económico, la aplicación de la cláusula *rebus* no se produce de forma generalizada, ni de un modo automático, pues, como señalan a sentencias del Pleno de 17 y 18 de enero de 2013 y aquí se ha reiterado, 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 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 vía errónea de la imposibilidad sobrevenida de la prestación (artículos 1182 a 1184 del Código Civil)". Por su parte, la sentencia de este Alto Tribunal y Sala, de 24 de febrero de 2015 afirma que "del carácter de hecho notorio que caracterizó la crisis económica de 2008, no comporta, por ella sola, que no derive una aplicación generalizada o automática, de la cláusula *"rebus sic stantibus"* a partir de dicho periodo, sino que es del todo necesario que se contraste su incidencia causal o real en el marco de la relación contractual de que se trate". En fin, la sentencia del Tribunal Supremo y Sala de lo Civil, de 30 de abril de 2015 se apoya en la doctrina de la Sala que, aun admitiendo la posibilidad de aplicar la regla *"rebus"* a quien se ve afectado por la crisis económica "previene, no obstante, contra el peligro de convertir esa posibilidad en un incentivo para incumplimientos meramente oportunistas".

[280] Roj. STS 2823/2014; ECLI:ES.TS:2014:2823.

[281] RJ 2013,1819.

[282] RJ 2014,6129.

[283] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6ª, de 27 de octubre de 2021 (JUR 2022,46233) que aplicando esta doctrina al caso de autos, rechaza la moderación o extinción de la renta vitalicia, pues no se provoca una especial onerosidad en las prestaciones, ni la situación actual de los contratantes era difícilmente previsible, dado que ambos mantiene una desahogada situación financiera igual que la existente en el momento de los pactos por lo que ninguna variación se ha producido, razón que lleva a la aplicación del artículo 1258 del Código Civil que determina algo tan elemental como que los contratos han de ser cumplidos.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 13 de abril de 2021 (RJ 2021,4203) esta cláusula *rebus* permite tanto modificar como hacer ineficaces los pactos siempre que se dé el requisito de la imprevisibilidad.

[284] RJ 2015,1409. En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de enero de 2019 (RJ 2019,159) afirma que "tiene razón la compradora cuando manifiesta que lo acontecido nada tiene que ver con el presupuesto de la regla *"rebus"* tal y como ha sido desarrollada por la jurisprudencia, pues, ni se ha producido una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración, ni hay desproporción desorbitante, fuera de todo cálculo, entre

las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones ni todo ello ha acontecido por la sobrevivencia de circunstancias radicalmente imprevisibles. En consecuencia, no se debe aplicar la regla *"rebus""*.

[285] RJ 2019,3010.

[286] Para GARCÍA MAYO, M. (2021). "Pactos prematrimoniales y compensación", *op. cit.,* p. 159 se exige que "la alteración de las circunstancias sea sustancial con respecto a las que dieron lugar a las medidas que se pretenden modificar, que el cambio tenga carácter permanente —no simplemente eventual—, así como que los cambios no fuesen previsibles de manera inminente —frente a la imprevisibilidad absoluta que se exige en sede contractual-".

[287] RJ 2019,1360.

[288] ROCA TRIAS, E. (1991). "Comentario al artículo 90 del Código Civil", *op. cit.*, p. 386.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4ª, de 10 de abril de 2023 (JUR 2023,253713) la necesaria ponderación entre los principios de eficacia positiva de la cosa juzgada material y la aplicación de la cláusula *rebus* ha llevado a interpretar en sentido restrictivo los términos "alteraciones sustanciales" recogida en los artículos 90 y 91 del Código Civil y 775 de la LEC exigiendo que tales cambios responden a situaciones duraderas que tengan entidad y que no sean imputables a la parte que las invoca, pues, el cumplimiento de las obligaciones no puede quedar al albur del obligados, como al respecto establece el artículo 1256 del Código Civil.

[289] MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M. (2017). "Supuestos de cláusula "rebus sic stantibus" en el Derecho de Familia", *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho privado*, Valencia: tirant lo blanch, p. 462.

Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de enero de 2022 (RJ 2022, 622) tras citar la sentencia de 25 de marzo de 2014, precisa que no puede incluirse en el marco de la alteración sustancial las circunstancias expresamente previstas por las partes; y así señala: "Dentro del concepto de "alteración sustancial" no puede incluirse las modificaciones que fueron excluidas en los pactos, por importantes que fuesen, pues dichas alteraciones lejos der ser sorpresivas fueron especialmente previstas, contractualmente dentro del margen legal que establece el artículo 1255 del Código Civil. En ulterior proceso de divorcio se debe afrontar la cuestión a la luz del artículo 101 del Código Civil, y del artículo 100 del Código Civil, por lo que solo se podrá suprimir la pensión compensatoria si cesa la causa que la motivó. También podrá moderarse, en el procedimiento de divorcio, si se produce una alteración sustancial de la fortuna de uno u otro cónyuge. Dentro del concepto "alteración sustancial" no pueden incluirse las modificaciones que fueron excluidas en los actos, por importantes que fuese, pues duchas alteraciones lejos de ser sorpresivas fueron especialmente previstas, contractualmente dentro del margen legal que establece el artículo 1255 del Código Civil".

[290] RJ 2015,2657.

1.3. Derecho Reales

El arrendamiento de habitación en un edificio en propiedad horizontal*

The leasing of a room in a building on horizontal property

por
MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
Profesora Titular de Derecho civil,
Universidad Francisco de Vitoria.

RESUMEN: Cada vez es más frecuente la celebración de contratos de arrendamiento de habitación en pisos que se encuentran sometidos a un régimen de propiedad horizontal. Una de las razones de ello, probablemente, sea eludir con estos arrendamientos las exigentes condiciones de protección del arrendatario que establece la LAU. El aumento de estos alquileres nos lleva a plantear, en primer lugar, cuál es su naturaleza, régimen, y posibilidad de establecimiento, limitación y/o prohibición de estos en un edificio en propiedad horizontal. Pero, además, en ocasiones, generan molestias a los vecinos, hacinamientos en los pisos, que llevan a cuestionarse si deben permitirse o pueden prohibirse por la comunidad, o en su caso, cómo hacer frente a las molestias derivadas de aquellos. Analizamos en este artículo todas las peculiaridades de este arrendamiento cuando se establece en un piso en propiedad horizontal.

ABSTRACT: It is increasingly common to conclude room rental contracts in apartments that are subject to a horizontal property regime. One of the reasons f this, probably, is to avoid with these leases the demanding conditions of tenant protection established by the LAU. The increase in these rents leads us to consider, first of all, what is their nature, regime, and possibility of establishment in a horizontal property; But, in addition, they sometimes generate inconvenience to neighbors, overcrowding in

* Este trabajo es fruto y se enmarca dentro del proyecto de investigación "Retos Jurídicos para un uso eficiente y sostenible de las viviendas vacías", financiado por la Universidad Francisco de Vitoria, en la convocatoria competitiva 2023, con una duración de dos años desde enero 2023 hasta diciembre 2024, dirigido por Maria Goñi Rodriguez de Almeida.

apartments, which leads to questioning whether they should be allowed or prohibited by the community, or, if applicable, how to deal with the inconvenience derived from them. In this article we analyze all the peculiarities of this lease when it is established in a condominium apartment.

PALABRAS CLAVE: propiedad horizontal, arrendamiento, habitación, prohibición, estatutos.

KEYWORDS horizontal property, lease, habitation, prohibition, statutes.

SUMARIO: I. ARRENDAMIENTO DE HABITACIÓN: CONCEPTO, NATURALEZA Y REGULACIÓN.—II. VICISITUDES DEL ARRENDAMIENTO DE HABITACIÓN EN PROPIEDAD HORIZONTAL. 1. Arrendamiento de una sola habitación en la vivienda del propietario. 2. Arrendamiento de todas las habitaciones de un piso en propiedad horizontal. 3. Molestias en los pisos arrendados por habitaciones.—III. CONCLUSIONES.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. ARRENDAMIENTO DE HABITACIÓN: CONCEPTO, NATURALEZA Y REGULACIÓN

El contrato de arrendamiento de habitación supone ceder el uso o goce de una habitación o pieza de un inmueble a cambio de una contraprestación dineraria, por un periodo de tiempo determinado, y normalmente con finalidad de vivienda; es decir, el arrendatario reside en esa habitación.

Se trata de un contrato de arrendamiento de cosa, bilateral, oneroso, regulado —en principio— por las normas del Código civil (CC) destinadas a este tipo de arrendamientos (arts. 1546-1582 CC).

No obstante, ha sido amplio el debate acerca de su finalidad y, en consecuencia, de su regulación. La cuestión que se ha debatido es si realmente es un arrendamiento de vivienda o no, y si se regula por la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU) o por el Código civil.

Se trata, no cabe duda, de un arrendamiento parcial de una vivienda, que puede servir de lugar de residencia, pero según la jurisprudencia más mayoritaria, no puede catalogarse exactamente como tal ya que en una única habitación no pueden satisfacerse las exigencias mínimas que tal finalidad de vivienda exige. Ello es así porque se necesita cumplimentar ese goce sobre parte de la finca registral con la necesaria prestación de servicios de cocina o baño, por ejemplo, imprescindibles para que la función de vivienda se desarrolle en él. En este sentido, reproducimos las palabras de la SAP Ciudad Real 14 septiembre 2017, justificando que el arrendamiento de habitación no puede considerarse como de vivienda: "Al respecto hemos de partir de lo establecido en el art. 2 de la LAU de que define el arrendamiento de vivienda como aquel arrendamiento que recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario, siendo esencial, para resolver la cuestión planteada, la concreción del término de habitabilidad del objeto arrendado en el caso concreto que nos ocupa.

Así, hemos de convenir que será habitable una edificación cuando la misma sea adecuada a servir las necesidades de morada o residencia, donde la persona o la familia desarrollan la intimidad de su existencia, constituyendo su hogar, sin que este concepto sea trasladable propiamente a una habitación o dependencia que forma parte de una vivienda, objeto del contrato suscrito entre las partes, pues la misma carece de los servicios mínimos y esenciales (baño, cocina,…), y que sólo resultan suplidos por la concesión del derecho a utilizar en forma compartida, no en exclusiva, otras dependencias de las que simultáneamente se sirven los restantes ocupantes de la vivienda.

El hecho de que no se incluya este supuesto (arrendamiento de habitación en una vivienda) en el art. 5 LAU no debe conducir a aplicar la normativa especial, pues la enumeración recogida en el citado precepto no es de numerus clausus, lo que es perfectamente compatible con la naturaleza de legislación excepcional o especial, en contraposición con la normativa general, aunque efectivamente menos aplicable, del Código Civil.

Asimismo, y dado que la LAU aborda las distintas cuestiones jurídicas que se plantean en relación con el arriendo de las viviendas, debe conducir a pensar que, si en el espíritu de la ley hubiera estado contemplar el arriendo parcial de la vivienda, lo lógico hubiera sido que se hubiera contemplado alguna norma al respecto del arrendamiento de una parte de la vivienda es la afectada por el contrato de arrendamiento.

En base a lo expuesto, hemos de estimar que el arrendamiento litigioso no puede considerarse sometido a la normativa especial arrendaticia urbana, sino al régimen general del Código Civil."

En el mismo sentido se manifiesta la SAP Madrid 28 marzo 2019, afirmando que el arrendamiento de habitación no lo es de vivienda, sino solo de parte de ella: "La cuestión controvertida queda por tanto centrada en la determinación de la naturaleza jurídica del contrato celebrado por las partes. El arrendamiento, al tenor del documento nº 1 de la demanda, recae exclusivamente sobre una habitación de la vivienda, pudiendo hacer uso la arrendataria de la cocina y de cualquiera de los cuartos de baño compartidos con el compromiso de compartir con el resto de los inquilinos las tareas de limpieza. Según el artículo 2 LAU» se considera arrendamiento de vivienda aquel arrendamiento que recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario." Esta característica de satisfacer de modo permanente las necesidades de vivienda del arrendatario no es predicable de una habitación que no garantiza el desarrollo de la vida doméstica del inquilino con la intimidad y servicios que hoy se consideran indispensables, de los que solo se dispone de forma compartida. El espacio que se cede en exclusiva es solo el de una habitación, que no puede entenderse comprendida dentro de la definición del artículo 2 LAU. Así se prevé en el propio contrato que se remite al régimen de los artículos 1.542 a 1.582 CC en todo lo no previsto en su texto.»."

Por lo tanto, si partimos de lo dispuesto en el art. 2 LAU, el arrendamiento de vivienda es "aquel arrendamiento que recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario". Si esta es la definición de vivienda, parece que el arrendamiento de habitación no es apto para ella, como dice la jurisprudencia, repitiendo lo que se

acaba de exponer, porque: "el arrendamiento de una habitación ubicada dentro de una vivienda no se encuadra en las previsiones del precepto puesto que la edificación cedida en exclusiva, una habitación, no es adecuada en sí sola a servir las necesidades de morada o residencia por no reunir condiciones de habitabilidad al carecer de los servicios mínimos y esenciales para ello, los que solamente se obtienen con el uso compartido con terceros, que no exclusivo, de otras dependencias de la vivienda, cuales la cocina y baño" (entre otras, SAP de Palma de Mallorca 20 mayo 2010, SSAP de Madrid 24 mayo 2006, 13 diciembre 2006 y 10 julio 2007, y SSAP de Barcelona 8 mayo 2008, 1 febrero 2010 y 7 junio 2012, SAP Valladolid 15 diciembre 2015).

Alguna de estas sentencias, ante la imposibilidad de considerar al arrendamiento de habitación como arrendamiento de vivienda, pues el concepto de habitabilidad (lugar donde la persona se desarrolla en su intimidad) choca con lo que una sola habitación pueda ofrecer (necesitando el resto de dependencias para que la persona pueda habitar, residir, vivir), entienden que se trata de un arrendamiento para uso distinto de vivienda, pero sometido a la LAU[1]; mientras que otras, compartiendo la tesis de la insuficiencia de la habitación para ser considerada como vivienda, consideran que deben regirse por el Código civil, y no por la LAU[2].

Otro grupo de sentencias, por el contrario, y esta es la segunda tesis que se ofrece acerca de la naturaleza de este arrendamiento, sí que entienden que el arrendamiento de habitación puede considerarse como arrendamiento de vivienda y, por tanto, sometido a la LAU y dentro del art. 2 LAU, porque la habitación está destinada a "satisfacer la necesidad permanente de vivienda". De este modo, la SAP Álava 18 enero 2008 afirma que el arrendamiento de habitación se rige por las disposiciones de la LAU, porque "en primer lugar y sobre todo, atendiendo a los propios preceptos contenidos en la legislación especial, como es por ejemplo, cuando dice que el objeto de la Ley está constituido por las fincas urbanas que se destinen a "vivienda", entendiendo por tal una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario, comprendiendo también sus espacios accesorios, y nada respecto al particular señala sobre si el contrato ha de recaer sobre una vivienda íntegra o sólo parte de ella, y; en segundo lugar, y tampoco puede ser argumento digno de desatención, porque de la forma indicada lo viene sosteniendo por lo general la Jurisprudencia menor que viene conociendo de estos juicios, y en este sentido son de citar las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Madrid de 30 de abril de 1997, de Vizcaya de 30 de junio de 1998, de Asturias de 30 de junio de 2004, de Asturias de 7 de septiembre de 2005, de Lugo de 5 de diciembre de 2005."

De igual forma, la SAP Zaragoza 26 octubre 2006 reitera esta tesis y repite sus argumentos de manera literal, subrayando y añadiendo que solo quedan fuera de la LAU "o bien las edificaciones cuyo uso principal no sea el de vivienda o bien aquellas otras cuyo uso sea sólo por temporada, señalando al respecto como ejemplos de supuestos no comprendidos en la Ley aquellos arrendamientos que tengan por objeto una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docente, o los que se refieran a breves lapsos de tiempo como los de verano y asimilados."[3]

Por lo tanto, mientras haya vivienda y necesidad permanente, entiende esta jurisprudencia menor que debe aplicarse la LAU y su protección al arrendatario de habitación.

Por nuestra parte, sin embargo, consideramos que el arrendamiento de habitación es un arrendamiento excluido de la LAU y regulado, en consecuencia, por el Código civil, puesto que no puede entenderse —el alquiler de una sola pieza— como de vivienda al no ser suficiente para el libre desarrollo y desenvolvimiento de la personalidad en ella. Pero, tampoco es un arrendamiento para uso distinto de vivienda de la LAU, ya que no supone una actividad de carácter mercantil, empresarial, turística o eminentemente temporal como son el resto de los arrendamientos incluidos en esta categoría. Es cierto que la persona que arrienda una habitación lo hace para vivir en ella, al menos dormir, y suele constituir su domicilio, por lo que la finalidad de estos arrendamientos, desde el punto de vista del arrendatario, se aproxima mucho más a un arrendamiento de vivienda que a un arrendamiento para uso distinto de vivienda. No obstante, no acaba de encajar en el supuesto de "habitabilidad" completa que exige el art. 2 LAU, y por eso, entendemos que se trata de un tipo especial de arrendamiento, que sirve para tener al menos un cobijo, sin que sea una vivienda en toda su consideración, pues no permite el desarrollo adecuado de la persona, y por eso, debe regularse por el Código Civil, como un arrendamiento de cosa. Una cosa es que se trate de un "techo" y otra bien distinta que pueda considerarse como vivienda. De hecho, el arrendamiento de habitación encaja dentro del tipo de lo considerado como una infravivienda, lo que justifica sobradamente su no consideración como vivienda, y menos de carácter permanente y que, en consecuencia, que se ampare e impulse a través de la LAU.

La RAE define la infravivienda como aquella "vivienda que carece de las condiciones mínimas para ser habitada". Esta definición general hace referencia normalmente a casas en mal estado físico, sin servicios suficientes o básicos, pero también puede incluirse en ella la habitación como espacio pequeño e insuficiente, carente de instalaciones básicas (baño, cocina,), tal y como se desprende la propia legislación.

En concreto, puede encajar en la definición que ofrece el art. 3.b) de la Ley 12/2023, de 24 de mayo por el derecho a la vivienda. Este artículo entiende que se considera infravivienda: "la edificación, o parte de ella, destinada a vivienda, que no reúne las condiciones mínimas exigidas de conformidad con la legislación aplicable. En todo caso, se entenderá que no reúnen dichas condiciones las viviendas que incumplan los requisitos de superficie, número, dimensión y características de las piezas habitables, las que presenten deficiencias graves en sus dotaciones e instalaciones básicas y las que no cumplan los requisitos mínimos de seguridad, accesibilidad universal y habitabilidad exigibles a la edificación". [4]

Todo ello, nos conduce a considerar a la habitación como un lugar de cobijo, que debería ser temporal por no reunir todos los servicios e instalaciones necesarias para la habitabilidad, y por ende, para considerarse como vivienda en sentido estricto y legal.

Por lo tanto, si no es un arrendamiento de vivienda, no le es aplicable la LAU, y este contrato se regirá por la voluntad de las partes y, en su defecto, por el CC, dejando al arrendatario en una situación más indefensa, pues el arrendamiento no

está sometido a plazo mínimo, no tiene prórrogas forzosas ni tácitas, no goza de oponibilidad legal, no puede limitarse el tope de revisión de renta, ni limitarse las garantías. Es decir, la duración del contrato de arrendamiento de habitación será la que hayan pactado las partes, sin prórrogas obligatorias, y sin que el arrendatario tenga derecho a permanecer durante un periodo mínimo de 5 años, debiendo abandonar —si así se lo solicita el arrendador— la habitación en cuanto termina la duración pactada, por muy breve que esta sea; de igual forma, no podrá exigirse la prestación de fianza que establece la LAU (art. 36), aunque sí podrá solicitar otras garantías el arrendador, y no podrá verse favorecido por los nuevos topes de renta e incrementos de la Ley 12/2023.

La falta de permanencia y de servicios básicos mínimos impiden calificar este arrendamiento como de vivienda. No obstante, si la habitación se arrendara durante un tiempo prolongado, y se ofrecieran otros servicios de cocina y baño, es cierto que, no siendo lo ideal, se asemeja bastante a un arrendamiento de uso residencial o vivienda.

Esto si se analiza desde la función que esa pieza desempeña para el arrendatario, donde puede alojarse (¿vivir?), pero también puede ser bueno plantearse la naturaleza de este arrendamiento desde el punto de vista del propietario arrendador. Este puede alquilar una habitación en su propia vivienda, o puede alquilar todas las habitaciones de su inmueble a distintas personas, por periodos más o menos breves, acercándose entonces estos arrendamientos a una actividad empresarial, mercantil o económica, en cuyo caso, y como veremos a continuación, este carácter puede tener implicaciones cuando el piso se encuentra en un edificio en régimen de propiedad horizontal.

II. VICISITUDES DEL ARRENDAMIENTO DE HABITACIÓN EN PROPIEDAD HORIZONTAL

1. Arrendamiento de una sola habitación en la vivienda del propietario

El arrendamiento de una habitación en un piso en propiedad horizontal es perfectamente posible y, en principio, se trata de un contrato sobre el uso de un elemento privativo, para el que el propietario no necesita ninguna autorización previa de la comunidad de propietarios en la que se inserta; puesto que los copropietarios tienen la plena disposición y disfrute de los elementos privativos de una propiedad horizontal (art. 3 LPH). En consecuencia, nada obsta para que el propietario decida arrendar la totalidad del piso, mediante un contrato de arrendamiento de vivienda sometido a la LAU o un arrendamiento de habitación sometido al Código Civil. No necesita ningún acuerdo de la Junta de propietarios que lo habilite como tal.

Ambos arrendamientos sirven para una finalidad de residencia, para alojar personas en ellos; luego, si los elementos privativos tienen un uso residencial, no hay problema para que en ellos se desempeñen y desarrollen ambos tipos de arrendamientos, incluido el de habitación.

No podemos olvidar que el propietario tiene libertad de destino de su propiedad y, salvo una prohibición expresa en los estatutos de la comunidad de dicho

tipo de alojamiento de habitación, no podría impedirse este arrendamiento. Tal y como ha dicho el Tribunal Supremo en varias ocasiones, «existe una plena libertad a la hora de establecer el uso que se le puede dar a un inmueble en el ámbito de la propiedad horizontal, de tal forma que los copropietarios no pueden verse privados de la utilización de su derecho a la propiedad del inmueble como consideren más adecuado, a no ser que este uso esté legalmente prohibido o que el cambio de destino aparezca expresamente limitado por el régimen de dicha propiedad horizontal, su título constitutivo o su regulación estatutaria» (STS de 9 de octubre de 2013).

De igual forma, la —anterior— Dirección General de los Registros y del Notariado ha confirmado esa doctrina jurisprudencial, afirmando igualmente que existe plena libertad del propietario para establecer el uso que tenga por conveniente, pues los propietarios no pueden verse privados de la utilización de su derecho a la propiedad del inmueble como consideren más adecuado (RDGRN de 5 de julio de 2017).

Es más, incluso, establecido un uso determinado en los estatutos de la propiedad horizontal para ese elemento privativo, podría el propietario cambiarlo sin necesidad de consentimiento, pues el establecido en el título constitutivo no es preceptivo. Salvo dos excepciones: a) que esté previsto en los estatutos que para el cambio de uso se necesite el acuerdo del a comunidad (RDGRN 21 octubre 2014), o que se prohíba en los estatutos de forma expresa el nuevo uso concreto al que se quiera destinar ese elemento privativo (STS 14 octubre 2004, 23 febrero 2006; 3 diciembre 2014, RDGRN 23 de marzo 1998)[5].

De este modo, y salvadas esas excepciones, se entiende que el arrendar una habitación de un piso es perfectamente posible, porque ni altera el uso que el piso tenía y, aunque lo modificase, debido a la libertad del propietario para establecer el uso, podría cambiarlo.

En cualquier caso, el arrendamiento de una sola habitación en favor de una persona para su alojamiento o cobijo no supone un cambio de uso del elemento privativo destinado a vivienda, pues el propietario vive en ella, y el inquilino también reside allí, aunque no sea su vivienda "ideal" como antes hemos señalado. No se altera el uso, a pesar de que el propietario reciba una prestación pecuniaria (renta) por dicho alquiler; no puede entenderse como una actividad comercial o empresarial (a diferencia de lo que puede ocurrir cuando el arrendamiento por habitaciones es del piso entero), y así lo ha manifestado recientemente la jurisprudencia en la STS 29 noviembre 2023, en la que distingue el arrendamiento de vivienda sometido a la LAU de una actividad empresarial o económica como puede ser el arrendamiento de vivienda turística[6].

De igual forma, tampoco puede equipararse el arrendamiento de una habitación con finalidad de cobijo o residencia a un contrato de hospedaje, de diferente naturaleza al arrendamiento de habitación con derecho a cocina, pues aquel implica una serie de servicios adicionales a cargo del hostelero de los que se carece en el arrendamiento de habitación, tal y como puso de manifiesto la SAP Tenerife 19 abril 2004 y recoge la SAP Zaragoza 26 octubre 2006: "Es en la prestación de esos servicios donde radica la diferencia entre hospedaje y arrendamiento o subarriendo parcial, o como comúnmente se ha denominado, alquiler con derecho a cocina, en que se permite la utilización de muebles y enseres, pero el propio

inquilino atiende a sus necesidades de limpieza y arreglo de habitaciones... En el caso, a la arrendataria se le cedió, a cambio del pago de cierta renta, el uso de unas habitaciones con derecho a usar la cocina del piso, con un carácter claramente permanente, atendiendo ella misma a las propias necesidades de todo tipo que tal uso llevara consigo, o al menos cosa distinta no se ha probado, por lo que ningún inconveniente puede existir en aplicar las disposiciones de la señalada Ley de Arrendamientos Urbanos, sin que por tanto puedan ser admitidos los razonamientos que el apelante pretende introducir en su recurso sobre la distinción en el contrato de arrendamientos sobre posesión mediata e inmediata en el objeto arrendado y sus posibles repercusiones en su modalidad de uso compartido con derecho a cocina."

Por todo ello, concluimos que no puede existir, en principio, ningún problema para el establecimiento de un arrendamiento de habitación en un piso sometido a propiedad horizontal; no necesita del acuerdo o aprobación de la Junta de propietarios, no supone un cambio de uso residencial (al que en principio podía estar destinado el piso), y ese uso y disfrute queda dentro del margen, libertad y facultades propias del propietario de un elemento privativo de la propiedad horizontal que no tiene que someterse a aprobación algún a de la Junta.

2. Arrendamiento de todas las habitaciones de un piso en propiedad horizontal

Puede ocurrir que no se establezca un único arrendamiento de habitación sobre una única habitación de un piso en el que, además, reside el propietario, sino que se dé la situación de que todo el piso esté destinado a su arrendamiento parcial por habitaciones, (resida en él o no el propietario, o esté arrendado a una persona y esta subarriende todas las habitaciones a otras). En estos casos, nos planteamos si se puede ver desvirtuada la naturaleza de este arrendamiento de "residencia", acercándose a una actividad comercial, empresarial o económica.

Es cierto que, si el propietario establece diversos contratos de arrendamiento de habitación sobre el piso de su propiedad, parece que destina el piso, elemento privativo, a una actividad económica, aunque el uso que los arrendatarios hagan del piso siga siendo residencial.

En estos casos, sí que nos planteamos que se necesite de la aprobación de la comunidad de propietarios en el caso de que el cambio de uso requiera consentimiento según los estatutos de la comunidad, o si ese uso comercial o económico está expresamente prohibido en estos.

Cabría decir que no se trata de un uso propiamente comercial o económico porque el piso se destina a vivienda, pero, las semejanzas y similitudes con una actividad económica y, en concreto, con un arrendamiento de viviendas turísticas, pueden llegar a ser considerables. Es cierto que el arrendamiento turístico tiene una finalidad clara de turismo y nunca de vivienda, cuestión esta que es indubitada, y hace que no sean equiparables ni identificables. Pero, no es menos cierto que podemos encontrar ciertas similitudes entre ambos tipos de arrendamientos: el arrendamiento de un piso por habitaciones es una fuente importante de ingresos para el propietario, constituye una actividad —al menos— económica relevante, existe una rotación y número elevado de inquilinos distintos, se caracteriza por

la temporalidad (aunque más larga que el turístico), está excluido de la LAU y puede generar problemas de molestias a los vecinos, al igual que aquellos. Teniendo en cuenta todas estas cuestiones y tras las recientes SSTS 27 y 29 noviembre 2023, nos planteamos si —extensivamente— se pueda aplicar la misma doctrina jurisprudencial que establecen estas sentencias a los arrendamientos de piso por habitaciones y, en consecuencia, que puedan llegar a tener que autorizarse y/o prohibirse por la Junta de propietarios de la comunidad en la que se establecen.

En efecto, estas sentencias han dado un paso más para favorecer la prohibición de viviendas turísticas en comunidades de propiedad horizontal. Consideran que el arrendamiento turístico es una actividad empresarial, comercial o económica y que, por lo tanto, cuando en los estatutos haya una prohibición de destinar los pisos o elementos privativos a actividades empresariales o comerciales, en general, o incluso cuando enumeren de forma ejemplificativa varias de estas actividades, debe entenderse que dicha prohibición alcanza también a los pisos turísticos; pues se considera que en ellos se ejerce una actividad empresarial o económica del tipo que prohíben los estatutos o acuerdos de la comunidad. No se discute la naturaleza exacta del arrendamiento turístico, pero sí se afirma y argumenta que a estos arrendamientos les alcanza la prohibición de destinar los pisos a actividades económicas o empresariales, ya que, por las características de los casos concretos analizados, entienden que pueden calificarse como tales.

En la STS 29 noviembre 2023 se analiza el caso de si puede destinarse un piso a arrendamiento turístico cuando existe una prohibición estatutaria de destinar los pisos a actividades económicas, tales como consulta médica, despachos profesionales… Los recurrentes entendían que los pisos turísticos no entraban en tal enumeración y no podía hacerse una interpretación extensiva de dicha limitación o prohibición (tal y como así ha establecido siempre la doctrina del TS), sin que pueda catalogarse al arrendamiento turístico como una actividad de las prohibidas en los estatutos. El Tribunal Supremo, sin embargo, considera que el arrendamiento turístico puede encajar en esas actividades porque: "Compartimos el criterio de la sentencia de apelación, que en el mismo sentido que la de primera instancia, y en especial a la vista de la legislación sectorial turística de la Comunidad Autónoma y las ordenanzas municipales aplicables, destaca, en primer lugar, la condición de actividad económica de la actividad de alquiler de las viviendas que se ofrezcan o comercialicen como alojamiento por motivos turísticos o vacacionales, y que son cedidas temporalmente por la persona propietaria, explotadora o gestora y comercializadas directamente por ella misma o indirectamente, a terceros, de forma reiterada o habitual y a cambio de contraprestación económica. El que el desempeño de esa actividad comporte una serie de requisitos y condiciones, incluidos los de funcionamiento, implica la prestación de una serie de servicios y la asunción de determinados deberes inherentes a la comercialización de las viviendas para uso turístico que determinan que la actividad y la prestación del servicio turístico se desarrolle en la propia vivienda.

Lo señalado permite, como bien dice la Audiencia, concluir que el alquiler de viviendas para uso turístico es una actividad incluida en la prohibición estatutaria, pues es una actividad económica, equiparable a las actividades económicas que a título ejemplificativo se enumeran en la Norma Quinta de los Estatutos, ca-

racterizadas todas ellas por ser usos distintos del de vivienda y en los que concurre un componente comercial, profesional o empresarial."

En un sentido muy similar resuelve la STS 27 noviembre 2023 que considera igualmente que puede prohibirse el arrendamiento turístico en uno de los pisos —elemento privativo— de la comunidad por entender que es una actividad empresarial o comercial, regulada por la Ley de turismo, ejercida por una sociedad, que implica una serie de obligaciones comerciales que no tiene un arrendamiento de vivienda: "Este elenco de obligaciones (entre ellas, la necesidad de que el inmueble este amueblado y con determinados enseres, que se facilite información y un número de teléfono para atender a los clientes con disponibilidad 24h, controlar el buen funcionamiento de todo, las entradas y salidas de los huéspedes…etc.), que implica la prestación de una serie de servicios y asunción de determinados deberes inherentes a la comercialización de los pisos como de uso turístico, determinan que la actividad de la empresa explotadora no se desarrolle extramuros de los inmuebles litigiosos, sino también en su interior, por lo que, si bien están destinados a residencia de los usuarios, en ellos también se lleva a efecto una actividad empresarial publicitada en el mercado turístico." Y concluye afirmando que "si aplicamos los estatutos sociales resulta que concurre una prohibición estatutaria, cuya validez no se discute, conforme a la cual en los departamentos independientes del edificio —viviendas— a los que se accede por el portal uno, con entrada por la calle Diecinueve de Julio (hoy calle Progreso), no podrán ejercerse actividades profesionales, empresariales, mercantiles o comerciales de ningún tipo; reservándose su uso al de carácter exclusivamente residencial.

En este caso, la actividad desplegada por la parte demandada, en los pisos 17 A) y 17 B), tiene naturaleza empresarial y comercial, prestada por una sociedad mercantil, y, por ello, debemos otorgar la razón a la parte demandante, en el sentido de que existe una prohibición estatutaria inscrita, que vedaba el destino de los referidos inmuebles como viviendas de uso turístico, sometidas al régimen jurídico del Decreto 48/2016, de 10 de agosto, de viviendas vacacionales y viviendas de uso turístico de Asturias."

Pues bien, a la vista de la nueva interpretación que hacen estas sentencias de considerar incluido el arrendamiento turístico como una actividad económica, nos planteamos si pudiera darse el caso de que se siguiera ese mismo razonamiento para el alquiler de un piso por habitaciones, ya que ese arrendamiento de las distintas habitaciones de un piso, donde no vive el propietario, pero le sirve para obtener rendimientos, puede llegar a entenderse como otra actividad económica, tal y como se entiende con los alquileres turísticos. El Juzgado de Primera Instancia en el recurso de la STS 29 noviembre, razonó de la siguiente forma:

"El art. 4 de la Ordenanza municipal reguladora de la vivienda de uso turístico dice que "El alquiler de las habitaciones de una vivienda para un uso turístico implica la cesión parcial de la vivienda habitual. Dicho uso turístico se podrá desarrollar en una o varias habitaciones o estancias de una vivienda habitual, la cual constituye la residencia efectiva de la persona física titular, que se ofrecen o comercializan por motivos turísticos, siendo cedida temporalmente a terceros a cambio de contraprestación económica, en condiciones de inmediata disponibilidad". Y continúa afirmando que "Desde luego, a la vista de la normativa reguladora es difícil no considerar que nos hallamos ante una actividad económica.

La propia ley de turismo nos habla de que "se ejerce la actividad", y también nos habla de "explotación". Pero es más determinante la definición que nos ofrece la ordenanza del Ayuntamiento de San Sebastián, al considerar que la vivienda es "… cedida temporalmente a terceros a cambio de contraprestación económica…". En definitiva, nos encontramos con una actividad que supone, para el propietario de la vivienda que decide ejercerla, la obtención de un rendimiento económico, que se materializa en el cobro de una prestación económica. La prohibición establecida en los estatutos es bastante clara, y además no fija un listado exhaustivo, sino ejemplificativo. Considera este Juzgador que las características del tipo de actividad que se pretende excluir de dicha prohibición son similares a las actividades recogidas de ese listado no exhaustivo, en cuanto a que se pretende la realización de una actividad, a cambio del precio por la prestación de esa actividad, en unos casos, por ejemplo, una actividad médica, o un despacho de cualquier tipo, y en el que nos ocupa, la del arrendamiento de una vivienda a cambio de un precio. Entiendo que nos encontramos con una actividad económica, y por tanto estaría incluida dentro de la prohibición contenida en los estatutos."

Al leer el razonamiento del Juzgado de Primera Instancia, nos preguntamos ¿no encaja también en esta definición el arrendamiento de un piso por habitaciones? ¿No podríamos aplicar esto mismo a aquellos? Si fuera así, y con una aplicación extensiva, nos encontraríamos ante supuestos similares. Dejamos planteada la cuestión de si también a estos arrendamientos les puede alcanzar las prohibiciones estatutarias de destino comercial o económico de los pisos. No creemos estar muy desencaminados, aunque no sean supuestos totalmente equiparables.

Entendemos no obstante, que no podría producirse una prohibición o limitación *a posteriori* de los arrendamientos de habitación, sin que esté contemplada en los estatutos, mediante un acuerdo de mayoría rebajada (3/5) que la LAU prevé para los arrendamientos turísticos (art. 17.12)[7]. La LAU es muy concreta en este aspecto, solo se refiere a ellos a los contemplados en el art. 5.e), los turísticos, por lo que una prohibición *a posteriori* de estos arrendamientos debería aprobarse por unanimidad. La especialidad de la norma y su excepcionalidad impide la aplicación extensiva a otro supuesto fuera del legalmente previsto[8]. Una cosa es que en los estatutos se prohíban las actividades económicas en los elementos privativos (donde como hemos explicado podría tener su encaje el arrendamiento de un piso por habitaciones), afectando esta prohibición al arrendamiento de habitaciones y otra es que puedan prohibirse con las mayorías expresa y legalmente previstas para los turísticos, de diferente destino y naturaleza que aquellos.

3. Molestias en los pisos arrendados por habitaciones

Y ¿por qué iba a querer la comunidad de vecinos prohibir este tipo de arrendamientos? Creemos que, al igual que los turísticos, pueden llegar a producir molestias en la comunidad de propietarios.

Esto es así, porque, como hemos adelantado, cuando un piso está alquilado en su totalidad por habitaciones, y sobre todo, cuando no vive en él el propietario, existe a veces una sobrepoblación en ese piso, incluso hacinamiento en ocasiones, con una frecuente rotación de inquilinos (menor que los turísticos, pero al ser

no tener una duración mínima, esta puede ser mensual, por ejemplo). Todo ello puede provocar molestias de ruidos, mayor uso y deterioro de las instalaciones comunes con necesidad de mayor mantenimiento, mayor necesidad de limpieza, problemas de seguridad, etc. Problemas –si nos fijamos— comunes a los que ocasiona un arrendamiento turístico y que ya recogió el informe Exceltur 2015.[9]

Si se produce alguna de estas situaciones, los propietarios pueden querer prohibir esta actividad o, al menos, quieren poner fin a estas molestias. Para prohibirla, ya hemos dicho que, o está prevista en los estatutos, o necesitarán unanimidad para hacerlo. Cuestión esta última difícil de alcanzar pues el propietario que tiene arrendado su piso por habitaciones no dará su consentimiento.

¿Podría interponerse una acción de cesación de actividad molesta en estos arrendamientos? Es la única solución que quedaría a los copropietarios: interponer la acción prevista en el art. 7 LPH. Entendemos que esta acción puede tener cabida cuando las molestias sean continuadas y, siempre y cuando, pudiéramos calificar a la actividad como molesta, insalubre o ilícita o estuviera prohibida.

De nuevo, si la actividad estuviera prohibida en los estatutos (al menos como actividad económica) procedería esta acción. Pero, si no lo está, habría que probar que ese arrendamiento de habitaciones es una actividad dañosa, molesta, insalubre, nociva, peligrosa o ilícita, tal y como contempla el art. 7.2 LPH. ¿Podemos catalogar el arrendamiento de habitaciones como una actividad de este tipo? Ilícita desde luego que no porque está permitido por la ley, se rigen por el Código Civil. No parece encajar en la actividad peligros ni insalubre o nociva, por lo que solo quedaría probar que se trata de una actividad molesta.

En determinados casos creemos que sí podría ser así, y por tanto proceder acción de cesación.

Una actividad molesta es en principio toda aquella que impida o dificulte a los demás copropietarios el adecuado uso de la finca (SAP Salamanca 16 octubre 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 Salamanca 4 mayo 2000 que recogen asimismo otras sentencias (SAP Barcelona 9 octubre 2015):

a) Que se dé una actividad: permanencia en la realización de los actos singulares (STS22 diciembre 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 8 abril 1965, 30 abril 1966,7 octubre 1964 y 10 abril 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 8 y 20 abril 1965). Como completa la SAP Madrid 19 julio 2010: "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 28 febrero 1964; 20 abril 1965; 8 abril 1965; 11 mayo 1998).

En cualquier caso, no podemos generalizar y decir que el arrendamiento de un piso por habitaciones sea *per se* una actividad molesta, en absoluto. Pero, en

un caso concreto y probando las circunstancias particulares (SSTS 16 julio 1993, 18 mayo 1994, 13 mayo 1995 y SAP Madrid 19 julio 2010), puede ocurrir que concurran estos requisitos y pueda calificarse como tal, procediendo la acción de cesación del art. 7.2 LPH, contra el propietario del piso para conseguir el cese de la actividad.

Si estos alquileres proliferan (debido a las nuevas restricciones para el propietario derivadas de la LAU tras la Ley por el Derecho a la vivienda), y las molestias van en aumento, no nos extrañaría que la jurisprudencia, al igual que ocurrió con las viviendas turísticas, empiece a flexibilizar los requisitos, y a catalogar en determinados casos al arrendamiento de habitación como actividad molesta para otorgar a los copropietarios algún mecanismo de defensa[10].

Otra cuestión que nos planteamos es si podría aplicarse para tratar de paliar las molestias que pudiera generar un arrendamiento de piso por habitaciones, el art. 398.4 CC[11]. La propiedad horizontal tiene una naturaleza mixta: propiedad exclusiva en los elementos privativos y copropiedad ordinaria en los elementos comunes. Por lo tanto, podríamos plantearnos si fuera de aplicación el 398 CC en este caso. Este artículo establece que para el uso y disfrute de la cosa común serán necesarios los acuerdos por mayoría de los copropietarios y a falta de ese acuerdo o fuera perjudicial para los interesados, el Juez proveerá lo que corresponda. Y añade el último párrafo que, cuando parte de la cosa pertenezca privadamente a un coparticipe y otra fuera común, solo a esta parte se le aplicará lo dispuesto en la disposición anterior. ¿Puede aplicarse este artículo al supuesto descrito? En la propiedad horizontal, en el edificio, hay parte de la cosa que pertenece privadamente a uno solo (el piso) y otra parte es común (los elementos comunes). ¿Podría la comunidad de propietarios tomar acuerdos por mayoría y en su defecto proveer el Juez respecto de los elementos comunes de la propiedad horizontal para paliar las molestias de un arrendamiento por pisos? Es decir, ¿se puede plantear que se prohiba por mayoría, por ejemplo, no el arrendamiento (que recae sobre el elemento privativo), pero sí la utilización de elementos comunes, como ascensor, jardines, piscina, garajes, determinada escalera?… Creemos que sí, y por lo tanto, la comunidad de vecinos podría aprobar determinados acuerdos de uso de los elementos comunes con base en este artículo que minoraran las molestias o abusos que los arrendamientos de habitación pueden provocar en una comunidad de propietarios, y por simple mayoría.

Puede ser una solución útil y práctica, mientras no se pueda probar que se trata de una actividad molesta como tal, o cuando no esté expresamente prohibida en los estatutos, o se considere que no puede calificarse como actividad económica o empresarial cuando esa sí esté prohibida.

Una vía de escape para los propietarios que debe tenerse en cuenta.

III. CONCLUSIONES

I. El arrendamiento de habitación está sometido a la regulación del Código civil para los arrendamientos de cosas, y escapa de la consideración de arrendamiento de vivienda de la LAU.

II. Creemos que no puede calificarse como tal pues no reúne los requisitos de permanencia y criterios básicos de habitabilidad, al no ofrecer la habitación (pieza) los requisitos mínimos para el libre desarrollo del inquilino, impidiendo que pueda ser considerado como una vivienda en el pleno significado de esta. No es una vivienda, sino un lugar de cobijo o techo.

III. De este modo, no se somete a las normas protectoras para el arrendatario y limitativas para el propietario de duración y renta. Esto hace que cada vez se firmen más arrendamientos de este tipo para "burlar" dichas normas restrictivas.

IV. Cuando el arrendamiento de habitación se produce en un piso en propiedad horizontal, y además no se limita al arrendamiento de una sola pieza o habitación, sino que el propietario alquila todas las habitaciones del piso a distintos arrendatarios, se asemeja más a una actividad empresarial o económica que a un arrendamiento de vivienda tradicional.

V. En este caso, si observamos las similitudes que tiene con el arrendamiento turístico, planteamos la posibilidad de que al igual que aquel, puedan entenderse dentro de la prohibición estatutaria de destinar los elementos privativos de la propiedad horizontal a actividades económicas o empresariales, como han hecho las recientes sentencias del Tribuna Supremo de 27 y 29 noviembre 2023.

VI. Eso sí, en ningún caso, creemos que puede limitarse o condicionarse su explotación mediante un acuerdo de la Junta de mayorías rebajadas (3/5), como sí se prevé expresamente por la ley para los arrendamientos turísticos.

VII. De igual forma, si generan molestias a los vecinos, creemos que creemos que podrían, en el caso concreto, ser consideradas como actividades molestas.(al igual que ocurrió con los arrendamientos turísticos) tras una extensiva interpretación jurisprudencial, y proceder, en consecuencia, la acción de cesación contra el propietario arrendador.

VIII. Por último, la comunidad de propietarios podría aplicar el art. 398.4 CC previsto para la comunidad de bienes en las que parte de la cosa es privativa y otra común, pudiendo adoptarse un acuerdo por mayoría para limitar el uso de la parte común (elementos comunes, portales, escaleras, jardines, piscina) o, en su defecto, una resolución judicial que así lo aprobara. Esto facilitaría a la comunidad de propietarios una herramienta para el control del uso y de las molestias que el abuso de este tipo de arrendamientos puede ocasionar.

IX. En definitiva, queremos poner de relieve que los arrendamientos de habitación en propiedad horizontal pueden empezar a ser un problema para los vecinos, y proponemos medidas o soluciones para ello.

IV. INDICE RESOLUCIONES CITADAS

Juzgado Primera Instancia

- SJPIM 6 noviembre 2014

Audiencias Provinciales

- SAP Madrid 30 abril 1997
- SAP Salamanca 16 octubre 1997
- SAP Vizcaya 30 junio 1998
- SAP Salamanca 4 mayo 2000
- SAP Tenerife 19 abril 2004
- SAP Asturias 30 junio 2004
- SAP Asturias 7 septiembre 2005
- SAP Lugo 5 diciembre 2005
- SAP Madrid 24 mayo 2006
- SAP Zaragoza 26 octubre 2006
- SAP Madrid 13 diciembre 2006
- SAP Madrid 10 julio 2007
- SAP Álava 18 enero 2008
- SAP Barcelona 8 mayo 2008
- SAP Barcelona 1 febrero 2010
- SAP Palma de Mallorca 20 mayo 2010
- SAP Madrid 19 julio 2010
- SAP Madrid 8 octubre 2010
- SAP Barcelona de 24 noviembre 2011
- SAP Barcelona 7 junio 2012
- SAP Barcelona 13 febrero 2015
- SAP Barcelona 9 octubre 2015
- SAP Valladolid 15 diciembre 2015
- SAP Ciudad Real 14 septiembre 2017
- SAP Madrid 28 marzo 2019

Tribunal Supremo

- STS 28 febrero 1964
- STS 7 octubre 1964
- STS 8 abril 1965
- STS 20 abril 1965
- STS 30 abril 1966
- STS 10 abril 1967
- STS 22 diciembre 1970
- STS 16 julio 1993
- STS 18 mayo 1994
- STS 13 mayo 1995
- STS 23 noviembre 1995
- STS 11 mayo 1998
- STS 14 octubre 2004

- STS 23 febrero 2006
- STS 9 octubre 2013
- STS 3 diciembre 2014
- SST 27 noviembre 2023
- STS 29 noviembre 2023

Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (antigua Dirección General de los Registros y del Notariado)

- RDGRN 23 marzo 1998
- RDGRN 21 octubre 2014
- RDGRN 5 julio 2017
- RDGSJFP 5 abril 2020
- RDGSJFP 16 junio 2020,
- RDGSJFP 5 noviembre 2020
- RDGSJFP 15 enero 2021

V. BIBLIOGRAFÍA

CIVIETA, O.F. (2023). Infraviviendas legales: ¿cuáles son las condiciones mínimas de un piso?, disponible en https://www.lamarea.com/2023/05/26/infraviviendas-legales-cuales-son-las-condiciones-minimas-de-un-piso/

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 P2, 24 junio 2015. Disponible en http://www.exceltur.org/monograficos8/.

FAUS PUJOL, M. (2018). Modificación total o parcial de la propiedad horizontal. Cambio de uso y otros supuestos. *Vlex*. *D*isponible en http://vlex.com/vid/modificacion-total-parcial-horizontal-295287.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2018). Cambio de uso de un elemento privativo en propiedad horizontal, *RCDI*, nº 767, pp. 1545 a 1556.

MORCILLO PEÑALVER, L. (2022). Acuerdo adoptado en junta por el que se prohíbe el alquiler turístico. ¿Hacia un cambio de criterio?, *Diario La Ley,* nº 10138, Sección Tribuna, 26 de septiembre de 2022, pp. 1-6.

Red Europea de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social en el Estado Español (EAPN-ES). (2023). *Emergencia Vivienda*. disponible en https://www.eapn.es/estadodepobreza/ARCHIVO/documentos/informe-AROPE-2023-Vivienda-y-pobreza.pdf.

VELAMAZÁN PERDOMO, G. (2008). El cambio de destino, de local a vivienda, de inmueble sujeto a régimen de propiedad horizontal: imperiosa necesidad de facilitarlo. Razones para ello. *Boletín del Colegio de Registradores*, nº 146, pp.1307-1319.

NOTAS

[1] SAP Madrid 13 diciembre 2006 y SAP Barcelona 1 febrero 2010.

[2] SAP Madrid 24 mayo 2006 y SAP Barcelona 8 mayo 2008, SAP Valladolid 15 diciembre 2015. Esta última sentencia, repitiendo lo de las anteriores lo razona y justifica así: "La única cuestión planteada en el recurso de apelación interpuesto por la demandada es la relativa a la naturaleza jurídica que debe ser atribuida al contrato suscrito entre las litigantes en fecha 30.6.2014. En particular, hemos de precisar que el citado contrato estableció expresamente una duración determinada de seis meses, sin prórroga, ni preaviso (hasta el 30.12.2014), y su objeto fue el arrendamiento de una habitación concreta y determinada de la vivienda de la actora (habitación 2ª, "…ubicada en el medio de las tres habitaciones, con armario empotrado marrón y cama con colcha negra"), fijando como precio del arriendo la cantidad de 190 €/mes, sin incluir gastos de agua, luz y gas. Además, se incluye el derecho adicional del arrendatario de "hacer uso de la cocina y el salón y el baño compartido…". De la lectura de las condiciones plasmadas en el contrato, e incluso de la propia literalidad de los términos utilizados en su encabezamiento "CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE HABITACIÓN EN CASA COMPARTIDA", resulta evidente que no nos hallamos ante un contrato de arrendamiento de vivienda, sino exclusivamente de habitación, siendo la cuestión principal discutida en el presente procedimiento, cual es la naturaleza jurídica del citado contrato y, más concretamente, si al mismo le son aplicables las normas especiales en materia de arrendamientos urbanos de la Ley de 1994 o, por el contrario, se encuentra regulado por el Código Civil. Al respecto hemos de partir de lo establecido en el art. 2 de la LAU de 1994 que define el arrendamiento de vivienda como "aquel arrendamiento que recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario", siendo esencial, para resolver la cuestión planteada, la concreción del término de habitabilidad del objeto arrendado en el caso concreto que nos ocupa. Así, hemos de convenir que será habitable una edificación cuando la misma sea adecuada a servir las necesidades de morada o residencia, donde la persona o la familia desarrollan la intimidad de su existencia, constituyendo su hogar o sede de la vida doméstica, sin que este concepto sea trasladable propiamente a una habitación o dependencia que forma parte de una vivienda, objeto del contrato suscrito entre las partes, pues la misma carece de los servicios mínimos y esenciales (baño, cocina, …), y que sólo resultan suplidos por la concesión del derecho a utilizar en forma compartida, no en exclusiva, otras dependencias de las que simultáneamente se sirven los restantes ocupantes de la vivienda. Por otra parte, el hecho que no se incluya este supuesto (arrendamiento de una habitación en una vivienda) en el art. 5 LAU no debe conducir a aplicar la normativa especial, pues la enumeración recogida en el citado precepto no es de numerus clausus, lo que es perfectamente compatible con la naturaleza de legislación excepcional o especial, en contraposición con la normativa general, aunque efectivamente menos aplicable, del Código Civil. En base a lo expuesto, hemos de estimar de correcta aplicación los principios establecidos en los artículos 3 y 4 del Código Civil y, en consecuencia, que el arrendamiento litigioso no puede considerarse sometido a la normativa especial arrendaticia urbana, sino al régimen general del Código Civil."

[3] En el mismo sentido, la SAP Madrid 8 octubre 2010.

[4] Abundando sobre este tema, merece la pena detenerse en considerar que, según el último informe del INE (2020), el 19,7% de la población vivía en hogares con determinadas deficiencias en la vivienda. Asimismo, la Red Europea de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social en el Estado Español (EAPN-ES) realizó el informe *Emergencia Vivienda*., disponible en https://www.eapn.es/estadodepobreza/ARCHIVO/documentos/informe-ARO-PE-2023-Vivienda-y-pobreza.pdf. En él se afirma que "el 23,7% de la población estaba afectada por algún indicador de exclusión en la dimensión de vivienda (infravivienda, deficiencias graves en la construcción, insalubridad, hacinamiento, tenencia de la vivienda en precario,

entorno degradado, hogares con personas con movilidad reducida y barreras arquitectónicas, y desproporción de gastos en vivienda frente a ingresos)".

No se define en qué consisten esas deficiencias, ni qué se considera por infravivienda y en contraposición qué debe entenderse por vivienda a los mínimos legales establecidos. Deja esta última cuestión a las comunidades autónomas. De este modo, por ejemplo, para la Comunidad de Madrid, los requisitos mínimos que debe cumplir un inmueble para considerarse vivienda, se establecen en el Plan General de Ordenación Urbana de Madrid (PG 97). En el apartado 7.3.3 se indica que todas las viviendas deben reunir la condición de exterior, debe existir una pieza con un hueco en la fachada; es la denominada "pieza habitable", que debe tener al menos 12m2. Además, una vivienda debe tener varias "piezas habitables", salvo aseo, pasillos, y tendederos. Y en el artículo 7.3.4 se considera como vivienda mínima la que tenga una estancia-comedor, cocina, dormitorio y aseo, y cuya superficie útil sea superior a 38 m2, no incluyéndose en el cómputo de la misma las terrazas, balcones, balconadas, miradores o tendederos. Queda claro que en para la consideración de vivienda habitable para la Comunidad de Madrid, por ejemplo, la habitación no lo es.

Véase sobre las diferentes legislaciones autonómicas y las características de vivienda mínima a CIVIETA, O.F., (2023), Infraviviendas legales: ¿cuáles son las condiciones mínimas de un piso?, disponible en https://www.lamarea.com/2023/05/26/infraviviendas-legales-cuales-son-las-condiciones-minimas-de-un-piso/

[5] Véase sobre el cambio de uso de un elemento privativo de una propiedad horizontal: GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2018). Cambio de uso de un elemento privativo en propiedad horizontal, *RCDI*, nº 767, pp. 1545 a 1556. FAUS PUJOL, M. (2018). Modificación total o parcial de la propiedad horizontal. Cambio de uso y otros supuestos. *Vlex,* disponible en http://vlex.com/vid/modificacion-total-parcial-horizontal-295287. VELAMAZÁN PERDOMO, G. (2008). El cambio de destino, de local a vivienda, de inmueble sujeto a régimen de propiedad horizontal: imperiosa necesidad de facilitarlo. Razones para ello*. Boletín del Colegio de Registradores*, nº 146, pp.1307-1319.

[6] La STS 29 noviembre 2023 afirma en este sentido que "no puede prevalecer la opinión de la parte recurrente cuando equipara el arrendamiento de vivienda para uso turístico con el arrendamiento de vivienda, y que según dice no está prohibido a pesar de que también es una actividad económica. El arrendamiento de vivienda es aquel «arrendamiento que recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario» (art. 2 LAU), nada que ver con el concepto de la actividad a que se refiere la normativa sectorial turística aplicable, dirigida a «proporcionar alojamiento temporal sin constituir cambio de residencia para la persona alojada». La misma normativa sectorial turística aplicable y que se cita en las dos sentencias de instancia resalta expresamente la diferencia con que se contempla la comercialización de estancias turísticas en viviendas, alojamientos de corta duración, o las ofertadas para uso vacacional, con el arrendamiento de vivienda. La mencionada legislación turística expresamente excluye de la consideración de viviendas para uso turístico el arrendamiento de vivienda según lo establecido en la Ley 29/1994, de 29 de noviembre, de arrendamientos urbanos, de la misma manera que, en los términos que hemos señalado, el art. 5.e) de esta última ley excluye de su ámbito de aplicación los alquileres turísticos".

[7] Art. 17.12 LAU: "12. El acuerdo por el que se limite o condicione el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los términos establecidos en la normativa sectorial turística, suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirá el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación. Asimismo, esta misma mayoría se requerirá para el acuerdo por el que se establezcan cuotas especiales de gastos o un incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda donde se realice dicha actividad, siempre que estas modificaciones no supongan un incremento superior al 20%. Estos acuerdos no tendrán efectos retroactivos."

[8] En este sentido, entienden que las mayorías rebajadas de 3/5 para limitar o condicionar la explotación de viviendas turísticas no cabe aplicarse para otro tipo de actividades como hospedaje, arrendamiento de temporada etc., las RRDGSJFP 5 abril 2020, 16 junio 2020, 5 noviembre 2020, 15 enero 2021.

[9] 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 P2", 24 junio 2015. Disponible en http://www.exceltur.org/monograficos8/.

[10] Así ha ocurrido en los alquileres turísticos, en varias sentencias como pueden ser: SAP Barcelona 13 febrero 2015; SJPIM 6 noviembre 2014, recoge la doctrina de la SAP Barcelona de 24 noviembre 2011 que a su vez menciona doctrina de la STS 23 noviembre 1995, y lo confirma MORCILLO PEÑALVER, L. (2022). Acuerdo adoptado en junta por el que se prohíbe el alquiler turístico. ¿Hacia un cambio de criterio?, *Diario La Ley,* nº 10138, Sección Tribuna, 26 de septiembre de 2022, pp. 1-6.

[11] Art. 398 CC:

"Para la administración y mejor disfrute de la cosa común serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes.

No habrá mayoría sino cuando el acuerdo esté tomado por los partícipes que representen la mayor cantidad de los intereses que constituyan el objeto de la comunidad.

Si no resultare mayoría, o el acuerdo de ésta fuere gravemente perjudicial a los interesados en la cosa común, el Juez proveerá, a instancia de parte, lo que corresponda, incluso nombrar un administrador.

Cuando parte de la cosa perteneciere privadamente a un partícipe o a algunos de ellos y otra fuere común, sólo a ésta será aplicable la disposición anterior."

1.4. Sucesiones

Autonomía fiscal de las comunidades autónomas en las transmisiones *mortis causa*[1]

Fiscal autonomy of the autonomous communities in mortis causa transmissions

por

MARÍA JIMENA CRESPO GARRIDO

T.U. de Economía Aplicada

RESUMEN: La obligatoriedad del pago del Impuesto sobre Sucesiones no es igual en todas las Comunidades Autónomas, ya que dependiendo del territorio en el que el fallecido haya vivido y el parentesco que le una al causante con el beneficiario, haciendo que la tributación sea muy diferente.

La progresividad del Impuesto sobre Sucesiones puede provocar el llamado "error de salto" que se corrige con una minoración de la cuota tributaria proporcional al incremento de base imponible. Sin embargo, la interpretación de este error es diferente según el origen del mismo.

ABSTRACT: The obligation to pay the Inheritance Tax is not the same in all Autonomous Communities, since it depends on the territory in which the deceased lived and the relationship between the deceased and the beneficiary, making the taxation very different.

The progressivity of the Inheritance Tax can cause the so-called "jump error" that is corrected with a reduction in the tax rate proportional to the increase in the tax base. However, the interpretation of this error is different depending on its origin.

PALABRAS CLAVE: Sujeto pasivo en la imposición sobre Sucesiones, financiación de Comunidades Autónomas, armonización fiscal, parientes.

KEY WORDS: Taxpayer in the inheritance Taxation, financing of Autonomous Communities, fiscal harmonization, relatives

SUMARIO: I. CUESTIONES PRELIMINARES.—II. EL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES EN ESPAÑA COMO TRIBUTO CEDIDO A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. 1. Competencias normativas del impuesto por parte de las Comunidades Autónomas.—III. SOBRE LA APLICACIÓN DE LAS REDUCCIONES DE LA CUOTA EN FUNCIÓN DEL PARENTESCO: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL

TRIBUNAL SUPREMO 784/2023, DE 13 DE JUNIO.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ANEXOS.

I. CUESTIONES PRELIMINARES

El Impuesto sobre Sucesiones es un tributo estatal cedido a las Comunidades Autónomas en el proceso de cesión de transferencias del Estado Central a las Regiones. Inicialmente se llevó a cabo un traspaso de las políticas de gasto[2], educación, sanidad[3] o políticas sociales, para posteriormente asumir por parte de algunos territorios la administración de justicia, mientras que otras regiones decidieron no aceptar la transferencia de la competencia, o solicitar la competencia de prisiones. Esta cesión de políticas de gasto requería una corresponsabilidad entre territorios lo que, en consonancia con el artículo 150.2 de la Constitución el Estado se llevó a cabo mediante la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas[4], de forma que se realizó la correspondiente transferencia de los medios financieros oportunos y de las facultades correspondientes a la materia de titularidad estatal, susceptibles de delegación o transferencia, como condición previa para la contención del déficit y la deuda pública[5], puesto que la transferencia de las políticas de gasto debe ir acompañada por los medios económicos y financieros que garanticen su prestación.

El artículo 657 del Código Civil establece que "Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte". Para Castán (2015) la sucesión es "la sustitución de una persona en el conjunto de relaciones jurídicas transmisibles, que correspondían, al tiempo de su muerte, a otra, o en bienes y derechos determinados dejados por el difunto".

El proceso descentralizador iniciado por la Ley 30/1983, reguladora de la Cesión de Tributos del Estado a las Comunidades Autónomas cedía inicialmente el rendimiento de la recaudación, sin que las regiones tuvieran inicialmente competencia normativa. Posteriormente, con motivo de la modificación de la LOFCA, en virtud de la Ley 3/1996, de 27 de diciembre, se prevé la posibilidad de dotar a las Regiones de la potestad sobre los tributos cedidos. Finalmente es la Ley 14/1996, de 30 de diciembre, de cesión de tributos del Estado a las Comunidades Autónomas y medidas complementarias, la que otorga competencia normativa a las Comunidades Autónomas sobre los impuestos cedidos.[6]

La cesión de tributos se amplió con la Ley 21/2001, al conceder transferencias en materia de IVA e impuestos especiales, de manera que se amplía la base cuantitativa de recursos disponibles para las Comunidades Autónomas. Y fue en 2009 cuando la corresponsabilidad avanzó un estadio en la competencia normativa necesaria para poder articular la presión fiscal que les permitiera hacerse responsables de la financiación del gasto realizado en su Comunidad Autónoma.[7]

Por esto, la configuración de la estructura fiscal española responde a una descentralización de las competencias asumidas[8] por las Comunidades Autónomas a lo largo de los últimos veinte años, tanto desde la perspectiva de la captación de ingresos como de la generación del gasto público, expresión de la necesaria corresponsabilidad en la gestión.

El estado autonómico diseñado en la Constitución previó que la competencia legislativa originaria que le corresponde al Estado, se pudiera delegar en las Regiones en aras a que pudieran hacer uso de un instrumento que les permitiera materializar la autonomía financiera prevista en el artículo 156 de la Carta Magna. Pues sólo así los gobiernos autonómicos podrían gozar de una auténtica autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de sus competencias, con arreglo a los principios de solidaridad y bajo la coordinación de la Hacienda Central.

Y como tributo cedido[9], el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones responde a esta estructura financiera en virtud de la cual las Comunidades Autónomas, inicialmente percibían el rendimiento que por el mismo se hubiera generado en su territorio, y tras la entrada en vigor de la Ley de Financiación de las Comunidades Autónomas en 2009, se les confirió la competencia normativa que cada una desarrolló de manera diferente, como respuesta a la asunción de las diversas responsabilidades de gasto que iban aceptando los diferentes gobiernos regionales, de manera paulatina y desigual en cada territorio[10].

II. EL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES EN ESPAÑA COMO TRIBUTO CEDIDO A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

La organización territorial en España está prevista en el artículo 137 de la Constitución y la autonomía política de los territorios requería una autonomía financiera que se ha ido sustanciando a lo largo de los años. Para que las Comunidades Autónomas puedan ejercer sus competencias y gestionar sus intereses es imprescindible que cuenten con ingresos suficientes, tanto tributos propios como tributos cedidos tanto en lo que a recaudación se refiere como en cuanto a la normativa reguladora. Es cierto que estas diferencias territoriales no pueden provocar diferencias territoriales ni ser generadoras de privilegios.

Las Comunidades Autónomas de régimen común cuentan con los siguientes recursos:

- Impuestos cedidos total o parcialmente por el Estado, como son el IRPF y el IVA, cedidos en un 50%, el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, el Impuesto sobre el Patrimonio y los tributos sobre el juego cedidos al 100%
- Sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales.
- Las transferencias estatales procedentes del Fondo de Compensación Interterritorial.
- Los rendimientos procedentes de su propio patrimonio e ingresos de derecho privado.
- El producto de las operaciones de crédito.

En el momento actual, la fiscalidad de las sucesiones en España es competencia de las Comunidades Autónomas, pues el tributo está configurado como un impuesto estatal cedido a las regiones, y así se determina legalmente, como un impuesto estatal común en todo el territorio nacional, excepción hecha del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra. Es por tanto, un impuesto estatal, cedido a las Comunidades Autónomas, no sólo en su rendimiento sino en parte de la ela-

boración de la normativa que afecte a los ciudadanos que realicen transmisiones gratuitas en su territorio.

En particular, el artículo 3 de la Ley[11] establece que quedan sujetos al impuesto, entre otros, los incrementos de patrimonio obtenidos a título lucrativo por una persona física por los siguientes títulos; herencia, legado o cualquier otro título sucesorio[12].

La cesión de los tributos no afecta exclusivamente a las cantidades recaudadas sino que la cesión se amplía a ciertos aspectos de gestión y de desarrollo normativo, como ocurre en el 50% del IRPF y en el propio Impuesto sobre Sucesiones. Además, las Regiones tienen un límite en la creación de sus propios impuestos, ya que no pueden establecer impuestos que recaigan sobre hechos imponibles ya gravados por un impuesto estatal o local. Todo ello, dando cumplimiento al respeto a la competencia estatal sobre la deuda y la coordinación y planificación de la política económica.

Según lo previsto en la Exposición de Motivos de la Ley 29/1987 de 18 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, la existencia del impuesto viene justificada por la redistribución de la riqueza, que no la renta, de los contribuyentes. Y su objetivo es evitar que se acumule la riqueza en determinados sujetos pasivos, *"que refuerzan el carácter redistribuidor del tributo, al mismo tiempo que contribuyen a mantener la justicia del gravamen"*. Por una parte, el impuesto grava la generación de una capacidad económica en un sujeto —el beneficiario— distinto de quien inicialmente ostentaba la titularidad del patrimonio, por lo que no cabe duda de la existencia de una capacidad de pago en un sujeto distinto, y en consecuencia la existencia de este gravamen no implica doble imposición económica ni jurídica[13].

Sin embargo, la base imponible del impuesto está constituida por una ganancia patrimonial que, en ocasiones, puede ser una plusvalía presunta, si es que no se puede enajenar el bien, por el valor otorgado en el cálculo de la base liquidable. Por esto, el aparente carácter redistribuidor del patrimonio entra en colisión con la inexistencia de una distinción básica en el impuesto —que por cierto, sí se reconoce en el Impuesto sobre el Patrimonio— como es la consideración de una riqueza productiva e improductiva en la determinación de la cuota a satisfacer. A través de la aplicación de un límite conjunto entre la cuota del impuesto y la base del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que no obligue a enajenar parte del patrimonio para hacer frente al pago de la deuda.[14] Pues, además, en ocasiones las transmisiones *mortis causa* a pesar de generar un aumento de la capacidad económica real del perceptor[15], no le permite disponer de liquidez suficiente, ni siquiera para hacer frente al pago del tributo, poniendo de manifiesto una situación claramente confiscatoria, contraria al artículo 31.1 de la Constitución Española.[16]

Y es que, por analogía, de la misma forma que en los impuestos que gravan la renta no se tienen en cuenta las revalorizaciones o las depreciaciones de los elementos patrimoniales —excepción hecha en el Impuesto sobre Sociedades si hay una Ley específica que lo permite— el Impuesto sobre Sucesiones debería gravar exclusivamente el incremento patrimonial que generara un aumento de la capacidad económica real y no presunta. Sin embargo, en ocasiones, la manera en la que se cuantifica la base imponible obliga a tributar por potenciales incrementos de capacidades de pago, y no ganancias patrimoniales reales. Y esto es así,

especialmente en las transmisiones de bienes que sufren grandes oscilaciones de su valor en el mercado, como más adelante se analiza.

Por ello, el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones técnicamente no genera doble imposición ni económica ni jurídica[17], pero puede provocar un exceso de gravamen, como consecuencia de la inclusión en la base imponible de plusvalías presuntas. Y, en ciertos casos, puede colisionar con el principio de no confiscatoriedad, consagrado en la Constitución, al obligar a que el sujeto enajene parte del patrimonio adquirido de forma gratuita, para hacer frente al pago del tributo.

1. Competencias normativas del impuesto por parte de las Comunidades Autónomas

La disparidad de normas, así como la variación en los niveles de recaudación de cada Comunidad Autónoma han revivido la necesidad de una recentralización del impuesto bajo el argumento de un supuesto *dumping* fiscal, si bien la situación refleja que cada territorio (en uso de la competencia legislativa conferida) ha aprobado los beneficios fiscales que estimaba oportunos. Y si el argumento justificativo para la devolución de competencias al Estado se fundamenta en las diferencias territoriales, en lo que a niveles de renta se refiere, será necesario realizar un estudio solvente sobre el impacto de la crisis económica y sanitaria en cada Región, en el ánimo de conocer qué territorios tienen más probabilidad de incurrir en déficit, si no elevan su presión fiscal. Pues no todos las Regiones evolucionarán de la misma forma y tendrán las similares necesidades financieras.

El impuesto se exige en la totalidad del territorio español, atribuyéndose a las Comunidades Autónomas su rendimiento,[18] sin perjuicio de la aplicación de los regímenes tributarios forales vigentes en el País Vasco y en la Comunidad Foral de Navarra. Para el resto del territorio común los artículos 32[19] y 48[20] de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias, establecen que las Comunidades Autónomas tienen capacidad para regular los siguientes elementos esenciales del tributo:

- Reducciones de la base imponible en las transmisiones mortis causa.
- La tarifa del impuesto.
- La fijación de la cuantía del patrimonio preexistente y los coeficientes multiplicadores aplicables en el cálculo de la cuota tributaria.
- Las deducciones y bonificaciones de la cuota.
- La regularización de la gestión y la liquidación del impuesto.

Para aquellos territorios que no hayan hecho uso de sus competencias, se aplicará la legislación estatal desarrollada al efecto. Y todas aquellas Regiones que hagan uso de la competencia normativa que les confiere la LOFCA, podrán modular la carga fiscal de los beneficiarios de transmisiones lucrativas *mortis causa* según consideren. De manera que, una recuperación de las competencias normativas en materia de; reducciones, tarifa, multiplicadores, beneficios fiscales y/o gestión del impuesto, requiere que previamente la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas así lo contemple, pues supone la eliminación de

las competencias conferidas por una Ley Orgánica que pretendió mejorar el grado de autogestión de los gobiernos regionales[21].

A finales de 2023 se publicaron numerosas normas autonómicas y en diversos territorios forales que introdujeron novedades en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Muchas de las modificaciones se introdujeron con el objeto de garantizar que los sujetos pasivos del Impuesto de Solidaridad de las Grandes Fortunas —prorrogado de manera indefinida para los ejercicios iniciados desde 2024 —tributen de forma efectiva en el Impuesto sobre el Patrimonio.

Al margen de las modificaciones establecidas en los territorios forales, las medidas concretas aplicadas en cada territorio;

Galicia[22] incrementa las reducciones previstas en la norma estatal para las transmisiones entre personas que pertenezcan a los grupos I y II y las adquisiciones realizadas por personas discapacitadas. Prevé una reducción por la adquisición de bienes afectos a actividades económicas y adquisición de explotaciones agrarias. Y establece unos tipos de gravamen muy inferiores a los aplicables en el resto del territorio español.

Asturias[23] reconoce una reducción por adquisición de la vivienda habitual, que se gradúa en función del valor del inmueble, a cuya transmisión se le aplica una bonificación de la cuota del 95%. Así como una reducción por la adquisición mortis causa de empresas individuales o participaciones en entidades. Se prevé una bonificación aplicable en las transmisiones de los grupos I y II, gradual, en función del patrimonio preexistente del beneficiario.

Cantabria contempla mejoras en las reducciones aplicables adquisiciones realizadas por personas con discapacidad y en las transmisiones de la vivienda habitual.

El País Vasco es una Comunidad Autónoma en la que cada una de las provincias tiene una normativa del impuesto diferente y reconoce reducciones para la transmisión de la vivienda habitual del causante, previa convivencia, reducciones por parentesco, diferentes a las existentes en la normativa estatal, así como exenciones para ciertas transmisiones.

Navarra prevé la exención de las adquisiciones mortis causa de fincas rústicas o explotaciones agrarias, para las adquisiciones de obligaciones y bonos de caja emitidos por los bancos industriales, con ciertos requisitos y la transmisión de la empresa individual a favor del cónyuge y parientes hasta tercer grado, con ciertos requisitos.

Cataluña mejora la reducción prevista para los beneficiarios de los dos primeros grupos, así como las aplicables a las personas con discapacidad y mayores de 75 años, con unos límites cuantitativos absolutos. Establece una bonificación de la cuota del 99% para los herederos de los grupos I y II y aplica una horquilla de bonificaciones entre el 57-99% para los herederos que pertenezcan a otros grupos de parentesco.

Madrid[24], además de mejorar las reducciones aplicables a los parientes de los grupos I y II y discapacitados, reconoce una reducción específica aplicable a las adquisiciones de vivienda habitual y empresa individual, y es aplicable una reducción a las indemnizaciones recibidas de las Administraciones Públicas a los herederos de los afectados por el síndrome tóxico. Prevé una bonificación de la

cuota del 99% para los herederos que pertenezcan a los grupos I y II y de entre el 10-15% para los pertenecientes al grupo III[25].

Valencia[26] prevé una bonificación de la cuota del 75% para parientes del grupo I y discapacitados y del 50% para los del grupo II.

Por su parte la Rioja[27] bonifica en un 99% la cuota si la base no excede de 500.000 euros y si la base excede de esta cantidad, la bonificación es del 98%.

Aragón[28] bonifica el 100% de las cuotas correspondientes a bases imponibles que no excedan de tres millones de euros.

Toda esta diversidad normativa se pone de manifiesto en los niveles de recaudación que se exponen a continuación. Como se ve en la tabla siguiente, el total de ingresos obtenidos por las regiones de régimen común en concepto de todos los tributos cedidos supera —no sólo el Impuesto sobre Sucesiones— los 13 millones de euros. Habiéndose experimentado un crecimiento entre 2018 y 2019 de más de 129.000 millones de euros[29].

III. SOBRE LA APLICACIÓN DE LAS REDUCCIONES DE LA CUOTA EN FUNCIÓN DEL PARENTESCO: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 784/2023, DE 13 DE JUNIO

Recientemente se ha suscitado la controversia sobre la inconstitucionalidad del Impuesto de Sucesiones amparándose en dos cuestiones:

— En primer lugar, por la introducción de las reducciones en la base imponible en función del bien incluido (empresa y negocio profesional, participaciones en entidades y vivienda familiar), que aunque con una justificación en motivos de política económica y social, produce distorsiones en la tributación que afectan al principio de justicia tributaria.
— Y en segundo término por la ya referida antes disparidad en la tributación efectiva dependiendo de la normativa autonómica que resulte aplicable.

La normativa reguladora del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones está contenida en la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, y en el Reglamento aprobado por Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre. No obstante, la Comunidad Andaluza ha establecido beneficios fiscales que se recogen en el Decreto Legislativo 1/2009, de 1 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de tributos cedidos.

Existe una equiparación de las uniones de hecho con cónyuge y de acogimiento familiar con adopción a los efectos de aplicación de todas las reducciones.

a) Mejora de la reducción por la adquisición mortis causa de la vivienda habitual.

Para cónyuges, ascendientes o descendientes o colaterales mayores de 65 años que conviviesen los dos años anteriores, el porcentaje va del 95% para un valor del inmueble de más de 242.000,00€ por sujeto hasta el 100% para un valor del inmueble de 123.000,00€ por sujeto.

Será necesaria que la adquisición se mantenga al menos 3 años.

b) Mejora en la reducción por parentesco.

Reducción autonómica para cónyuge y parientes directos, incluidos en los grupos de parentesco I y II, cuando el valor de los bienes y derechos adquiridos no exceda de

250.000 € y que su patrimonio preexistente está comprendido en el primer tramo de la escala establecida en el artículo 22 de la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones.

La reducción en base imponible será una cantidad variable que determine una base liquidable de importe cero. En los casos de aplicación del tipo medio, el límite de 250.000 € estará referido al valor íntegro de los bienes.

Reducción autonómica para cónyuge y parientes directos incluidos en los grupos de parentesco I y II, cuando el valor de los bienes y derechos adquiridos esté comprendido entre 250.000 € y 350.000€ y que su patrimonio preexistente está comprendido en el primer tramo de la escala establecida en el artículo 22 de la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones.

La reducción en base imponible será una cantidad variable que sumada a las restantes reducciones aplicables no podrá exceder de 200.000 €. En los casos de aplicación del tipo medio, el límite de 350.000 € estará referido al valor íntegro de los bienes.

c) Mejora de la reducción por minusvalía.

La reducción consistirá en una cantidad variable, cuya aplicación determine una base liquidable de importe cero. Se deberán de dar los siguientes requisitos:

a. Personas con discapacidad reconocida igual o superior al 33%.
b. Cuando el valor íntegro de los bienes objeto de adquisición no sea superior a 250.000 euros.
c. Los sujetos pasivos pertenecientes a los grupos III y IV de parentesco deben estar comprendidos en el primer tramo de patrimonio preexistente (de 0 a 402.678,11 euros).

d) Mejora autonómica en la reducción por adquisición de empresa individual, negocio profesional y participaciones en entidades.

Se establece una reducción del 99% de la base imponible del valor de la empresa, negocio profesional o participación en entidades que podrán aplicarse el cónyuge, descendientes o adoptados del causante, siempre que la adquisición se mantenga, durante los cinco años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que falleciera el adquirente dentro de ese plazo.

e) Reducción autonómica en la adquisición de explotaciones agrarias

Reducción del 99% de la explotación agraria cuando el causante haya ejercido la explotación de forma habitual, personal o directa. Si está jubilado, la actividad debe ser ejercida por su cónyuge o descendiente.

Esto también es aplicable para personas sin relación de parentesco con el causante, siempre que sea agricultor profesional y cumpla los requisitos del artículo 22 quater 2 del Texto Refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de tributos cedidos La adquisición debe mantenerse cinco años.

— Error de salto en la determinación de la cuota del impuesto

El Tribunal Supremo, por su parte, se pronuncia sobre la aplicación de la reducción de la base imponible en las adquisiciones *mortis causa* realizadas en la Comunidad Autónoma de Andalucía, si la base imponible supera la cuantía esta-

blecida en el artículo 19 del Texto Refundido. El Tribunal señala que no procede la aplicación de la reducción de la cuota, prevista en el artículo 56.3 de la Ley General Tributaria por no existir el presupuesto de hecho necesario para que este mecanismo se aplique. No procede la reducción de la cuota de oficio, ya que de la aplicación de los tipos de gravamen no resulta un incremento de cuota superior al incremento de base.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª del Tribunal Supremo dicta la Sentencia 784/2023, de 13 de junio de 2023, en respuesta al recurso de Casación núm. 2553/2021 y estima el recurso interpuesto por la Junta de Andalucía, contra la resolución dictada el 27 de septiembre de 2018 por el Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía.

Considera que no procede la aplicación del error de salto previsto en el artículo 56.3 de la Ley General Tributaria, con independencia de que se considere la variación de la base imponible o se aplique sobre la base liquidable.

El supuesto de hecho lo plantea un sujeto pasivo cuya base imponible, teniendo en cuenta el valor íntegro de los bienes, supera 175.000 euros, siendo la liquidable derivada de la liquidación practicada igual a 94.471,43 euros. Su cuota íntegra resultante de la aplicación de la tarifa es de 11.950,64 euros. A juicio del Tribunal, se produce un incremento de la base liquidable en 94.471,43 euros que motiva un incremento de la cuota íntegra en 11.950,64 euros, por lo que, contrariamente a lo dicho en la resolución recurrida, no se produce un incremento en la cuota tributaria superior al que opera en la base liquidable real. La Sala niega que se haya producido un *error de salto* de los regulados en el art. 56 LGT.

La Ley establece que la cuota íntegra deberá reducirse de oficio cuando de la aplicación de los tipos de gravamen resulte que a un incremento de la base corresponde una porción de cuota superior a dicho incremento. La reducción deberá comprender al menos dicho exceso.

No obstante, en este caso se discute la aplicación —o no— de una determinada reducción autonómica, atendiendo a su norma reguladora. Lo que se plantea, en el fondo, es si hay o no derecho a una reducción de la base imponible.

A tenor de lo previsto en el artículo 19 del Texto Refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de tributos cedidos, aprobado mediante Decreto Legislativo 1/2009, que regula la mejora autonómica en la reducción de la base imponible correspondiente a las adquisiciones *mortis causa* cuando el sujeto pasivo son el cónyuge y los parientes directos, disponiendo dicha norma —en la redacción aplicable a la fecha del devengo (12 de enero de 2014)— establece que:

"Sin perjuicio de las reducciones previstas en el artículo 20 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, *y de cualquier otra que pudiera ser de aplicación en virtud de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Andalucía en ejercicio de su competencia normativa, se aplicará una reducción propia para adquisiciones "mortis causa", incluidas las de los beneficiarios de pólizas de seguros de vida, siempre que concurran en el sujeto pasivo los siguientes requisitos:*

a) Que esté comprendido en los Grupos I y II del artículo 20.2.a) de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, *o en los supuestos de equiparaciones establecidos en el* artículo 17.1 de la presente Ley.

b) Que su base imponible no sea superior a 175.000 euros.
c) Que su patrimonio preexistente esté comprendido en el primer tramo de la escala establecida en el artículo 22 de la citada Ley 29/1987, de 18 de diciembre.

El importe de esta reducción de la base imponible consistirá en una cantidad variable, cuya aplicación determine una base liquidable de importe cero.

En los supuestos en que proceda la aplicación del tipo medio efectivo de gravamen, por desmembración de dominio o acumulación de donaciones a la sucesión, el límite de 175.000 euros contemplado en el párrafo b) estará referido al valor íntegro de los bienes que sean objeto de adquisición".

El cálculo de la base imponible se realiza de acuerdo a "el valor neto de la adquisición individual de cada causahabiente, entendiéndose como tal el valor de los bienes y derechos minorado por las cargas y deudas que fueren deducibles" artículo 9.1.a de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones). Y en este caso supera el límite necesario para la reducción en 6.104,38 euros.

La Junta de Andalucía sostiene que si no se cumple uno solo de los tres requisitos cumulativos del artículo 19 del Decreto Legislativo 1/2009 se pierde completamente la reducción y ha de tributarse por la cantidad que resulte. Ello presupone que la base imponible —magnitud a la que se refiere el artículo 19 del Real Decreto— no es sólo 6.104,38 euros, sino la cantidad total de 181.104,38 euros, incluyendo los 175.000 euros que deben ser objeto de gravamen.

Los recurrentes —respaldados por el TEAR de Andalucía—, consideran que hay una especie de tramo o mínimo exento de 175.000 euros, por lo que la tributación del impuesto habría de partir únicamente del resto de la base, por lo que sería preciso excluir esos primeros 175.000 euros.

La Administración fiscal andaluza, estima que no concurren los requisitos relativos a la base imponible, ya que ésta supera los 175.000 euros. Por no cumplirse los tres requisitos que exige el artículo citado, cuya falta de acreditación —de uno solo— supone la imposibilidad de aplicar la reducción prevista, conceptuada acertadamente como un beneficio fiscal.

El beneficio fiscal tiene carácter excepcional pues supone una limitación del principio de generalidad tributaria. Esta opción legislativa por la que se prima con una reducción a los sujetos pasivos que reúnan los requisitos fijados legalmente es una opción legítima, de tal forma que la conclusión a la que llegan los recurrentes resulta contraria a derecho y supone una aplicación extensiva de un beneficio fiscal, lo que resulta contrario al artículo 14 de la LGT.

Los contribuyentes no cumplieron todos y cada uno de los requisitos exigidos para que fuera de aplicación el beneficio fiscal, esto es, la reducción del artículo 19 del Decreto Legislativo andaluz, lo que pretenden es convertir una reducción fiscal condicionada por ley a la reunión conjunta de los tres requisitos, en una especie de exención incondicionada de los primeros 175.000 euros, que no encuentra sustento legal alguno en ese precepto. No hay mínimo exento, sino requisito de que la base imponible no supere esos 175.000 euros

La Administración autonómica expone que si el hijo tiene derecho a la reducción, con una base imponible equivalente o valor íntegro de los bienes no superior a 175.000 euros, la base liquidable es igual a 0 euros, y la cuota íntegra resultante

de 0 euros. Con tales sumas, no sería factible la entrada en juego de la norma sobre error de salto.

Y si el sujeto pasivo no tiene derecho a la reducción, como es el caso, ya que la base imponible, teniendo en cuenta el valor íntegro de los bienes, supera los 175.000 euros, la determinación de la base liquidable, de acuerdo al artículo 20 de la Ley reguladora del Impuesto sobre Sucesiones es de 165.147,51 euros y una cuota íntegra resultante de 24.234,69 euros, lo que evidencia también la inaplicabilidad de la norma fiscal sobre error de salto, por faltar el presupuesto de hecho definido para su aplicación.

En definitiva, un incremento de la base liquidable de 165.147,51 euros motiva un incremento de la cuota íntegra de 24.234,69 euros, desvirtuándose así la conclusión, expuesta de contrario, relativa a que se produce un incremento en la cuota tributaria superior a la que opera en la base liquidable y, por ende, un error de salto.

De acuerdo a lo previsto en el artículo 22 de la Ley reguladora del Impuesto sobre Sucesiones:

"*Cuando la diferencia entre la cuota tributaria obtenida por la aplicación del coeficiente multiplicador que corresponda y la que resultaría de aplicar a la misma cuota íntegra el coeficiente multiplicador inmediato inferior sea mayor que la que exista entre el importe del patrimonio preexistente tenido en cuenta para la liquidación y el importe máximo del tramo de patrimonio preexistente que motivaría la aplicación del citado coeficiente multiplicador inferior, aquélla se reducirá en el importe del exceso*".

Supuesto tampoco aplicable en este caso

IV. CONCLUSIONES

I. El proceso de descentralización de competencias en las Comunidades Autónomas, inicialmente respondía a la necesidad de establecer una corresponsabilidad entre regiones que garantizara la igualdad de oportunidades en todo el territorio español.

II. El Impuesto sobre Sucesiones presenta un panorama muy heterogéneo en lo que a beneficios fiscales se refiere, ya que algunas regiones decidieron bonificar ciertas transmisiones entre parientes pertenecientes a los Grupos I y II, sin que necesariamente se produjera una caída de la recaudación, mas al contrario, en algunas comunidades autónomas afloraron parte de las donaciones por las que no se tributaba y, consiguiendo una ampliación de las bases imponibles la recaudación total aumentó, sin que necesidad de incrementar la carga fiscal.

III. El exceso de gravamen generado por el incremento de cuota íntegra, más que proporcional al aumento de base imponible, como consecuencia de la aplicación progresiva de la tarifa, conocido como error de salto, se corrige, de manera que se evite que se produzca una mayor tributación derivada de la progresividad del impuesto.

IV. En el proceso de descentralización del Impuesto sobre Sucesiones, la Comunidad Autónoma de Andalucía, como el resto de Regiones cuenta con

las competencias legislativas otorgadas, como son la aplicación de ciertos beneficios fiscales, hasta la bonificación de un 99% de la cuota tributaria para ciertas transmisiones lucrativas. Sin embargo, la aplicación del conocido como error de salto se regula de acuerdo a lo previsto en la norma estatal, por lo que, si se dan la circunstancias oportunas para corregir el exceso de gravamen, se aplicará en igualdad de condiciones que en otros territorios, de acuerdo a lo previsto en la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, ya que ésta no es una competencia normativa cedida.

V. Por otro lado, el legislador es consciente, del rechazo social que genera la tributación por las cantidades percibidas de un familiar de primer y segundo grados. Y, además, el artículo 39 de la Constitución prevé la protección social y económica de la familia, por lo que el establecimiento de ciertos beneficios fiscales para las transmisiones entre parientes responde a esta protección. Es por esto imprescindible que en la reforma de la fiscalidad de las sucesiones se tenga en cuenta, por un lado, que en ningún caso el tributo debe ser confiscatorio, como prevé el artículo 31 de la Constitución. Y, por otra parte, que la protección fiscal de la familia debe establecer un pago gradual de la cuota del impuesto según el grado de parentesco entre el beneficiario y el causante, en aras al cumplimiento del principio de equidad fiscal, por el que se debe otorgar un trato diferente a aquellos que presenten capacidades económicas distintas. Determinándose la base liquidable a través de un mayor número de escalones según el grado de parentesco y estableciendo un cuadro de cálculo de la cuota líquida ajustada a las capacidades económicas reales y el grado de parentesco, sin que puedan darse circunstancias en las que una transmisión mortis causa procedente de un pariente de cuarto grado pueda dar lugar al pago del doble de la cuota íntegra, antes de la aplicación del coeficiente incremental.

VI. BIBLIOGRAFÍA

CASTÁN TOBEÑAS, J (2015): *Derecho civil español. Común y foral.* Reus.

COMISIÓN DE EXPERTOS PARA LA REFORMA DEL SISTEMA TRIBUTARIO ESPAÑOL (2014): *Informe.* Febrero 2014

EY (2020): Worldwide Estate and Inheritance Tax Guide 2020. Disponible en: https://www.ey.com/en_gl/tax-guides/worldwide-estate-and-inheritance-tax-guide-2020 (diciembre 2020)

FUNCAS (2020): https://www.funcas.es/wp-content/uploads/2020/12/NOTAPRENSA-9.pdf (diciembre 2020).

GONZÁLEZ-VAL, R y MARCÉN, M. (2019): "¿Votan los españoles con los pies ante el *dumping* fiscal? El caso del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. *Documentos de Trabajo Instituto de Estudios Fiscales* 15/2019. Madrid. IEF.

MINISTERIO DE HACIENDA (2020): Recaudación definitiva por tributos cedidos (varios años 2014-2019). Disponible en: https://www.hacienda.gob.es/es-ES/CDI/Paginas/Impuestos/RecaudacionDefinitivaTributosCedidos.aspx (diciembre 2020)

OCDE (1998): *Competencia fiscal perjudicial. Una cuestión emergente*. OCDE. París.

SCHANZ, G. (1896) "Der Einkommenbegriff und Einkommensteuergesetze" Finanz Archiv. Vol. 13.

SECRETARÍA GENERAL DE FINANCIACIÓN AUTONÓMICA Y LOCAL. SUBDIRECCIÓN GENERAL DE RELACIONES TRIBUTARIAS CON LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS (2020): *Tributación Autonómica. Medidas 2020. https://www.hacienda.gob.es/es-ES/Areas%20Tematicas/Financiacion%20Autonomica/Paginas/DG%20Coordinacion%20Financiera%20CCAA%20EELL.aspx (enero 2021)*.

SIMONS, H.C. (1938) "Personal Income Taxation" University of Chicago Press. Chicago. Traducción al castellano: "El Impuesto sobre la Renta Personal". Hacienda Pública Española, nº 3/1970.

Normativa de referencia

TIRANT ON LINE. www.tirantonline.com VLEX. www.vlex.com www.agenciatributaria.es www.juntadeandalucia.es www.aragon.es www.asturias.es www.caib.es www.gobcan.es www.cantabria.es www.castillalamancha.es www.jcyl.es web.gencat.cat/es www.juntaex.es www.xunta.gal www.madrid.org www.carm.es
www.larioja.org/comunidad/es www.hisenda.gva.es

ANEXO
LAS REDUCCIONES EN ADQUISICIONES «MORTIS CAUSA» ESTABLECIDAS POR LA NORMATIVA ESTATAL

a) Reducción por adquisición de la vivienda habitual del causante

El art. 20.2 c) de la LISD, establece una reducción del 95% del valor de la vivienda habitual, con el límite de 122.606,47 euros.

Los requisitos para la aplicación de dicha reducción son los siguientes:

- Que la adquisición se mantenga, durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que falleciera el adquirente dentro de ese plazo.
- Que los causahabientes sean cónyuge, ascendientes o descendientes de aquél, o bien pariente colateral mayor de sesenta y cinco años que hubiese convivido con el causante durante los dos años anteriores al fallecimiento.

b) Reducción por parentesco

El art. 20.2 a) de la LISD establece cuatro grupos diferenciados:

Grupo I. Adquisiciones por descendientes y adoptados menores de 21 años: 15.956,87 euros, más 3.990,72 euros por cada año menos de 21 que tenga el causahabiente, sin que la reducción pueda exceder de 47.858,59 euros.

Grupo II. Adquisiciones por descendientes y adoptados de 21 o más años, cónyuges, ascendientes y adoptantes: 15.956,87 euros.

Grupo III. Adquisiciones por colaterales de segundo y tercer grado, ascendientes y descendientes por afinidad: 7.993,46 euros.

Grupo IV: en las adquisiciones por colaterales de cuarto grado, grados más distantes y extraños, no habrá lugar a reducción.

c) Reducción por discapacidad

Establece el art. 20.2 a) de la LISD:

— En las adquisiciones "mortis causa" por personas con un grado de discapacidad acreditado igual o superior al 33 % e inferior al 65 %: se aplicará una reducción de 47.858,59 euros.
— En las adquisiciones "mortis causa" por personas con un grado de discapacidad acreditado igual o superior al 65 %: se aplicará una reducción de 150.253,03 euros.

d) Reducción por adquisición de empresa individual o negocio profesional

El art. 20.2c) de la LISD, establece una reducción del 95% de la base imponible del valor de la empresa, negocio profesional o participación en entidades que podrán aplicarse el cónyuge, descendientes o adoptados del causante, siempre que la adquisición se mantenga, durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que falleciera el adquirente dentro de ese plazo.

Cuando no existan descendientes o adoptados, la reducción será de aplicación a las adquisiciones por ascendientes, adoptantes y colaterales, hasta el tercer grado y con los mismos requisitos recogidos anteriormente.

e) Reducciones por adquisición de explotaciones agrarias prioritarias de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias.

El art. 9 de la Ley 19/1995 establece una reducción del 90% de la base imponible del impuesto que grave la transmisión del pleno dominio o del usufructo vitalicio de una explotación agraria o de sus elementos integrantes.

La reducción se elevará al 100 por 100 en caso de continuación de la explotación por el cónyuge supérstite.

El art. 11 de la Ley 19/1995 establece una reducción del 75% en la base imponible de los impuestos que graven la adquisición cuando se adquiera el pleno dominio o el usufructo de una finca rústica o de parte de una explotación agraria, si el adquirente no pierde o alcanza como consecuencia de la adquisición la condición de titular de una explotación prioritaria.

El art. 10 de la Ley 19/1995 establece una reducción del 50% de la base imponible del impuesto que grave la adquisición que se realice para completar bajo una sola linde la superficie suficiente para constituir una explotación prioritaria, siempre que en el documento público de adquisición se haga constar la indivisibilidad de la finca resultante durante el plazo de cinco años, salvo supuestos de fuerza mayor.

Para que se proceda a dichas reducciones, se hará constar en la escritura pública de adquisición, y en el Registro de la Propiedad, si las fincas transmitidas estuviesen inscritas en el mismo, que si las fincas adquiridas fuesen enajenadas, arrendadas o cedidas durante el plazo de los cinco años siguientes.

Disposición Adicional Cuarta de la Ley 19/1995

Establece una serie de reducciones en la base imponible de cuantía variable para las transmisiones de superficies rústicas o de dedicación forestal, tanto en pleno dominio como en nuda propiedad.

NOTAS

[1] Este artículo es el resultado del proyecto de investigación: "Transición digital de la Justicia" Proyecto Estratégico Orientado a la Transición Ecológica y a la Transición Digital del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023. En el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, Convocatoria 2021 de «Proyectos orientados a la transición ecológica y a la transición digital ». Ref. red 2021-130078b-100.

[2] Entre 1981 y 1984 se traspasaron 484 funciones y servicios a las CC.AA. Entre 1984 y 1992 se inició la segunda fase de transferencias de competencias.

[3] La Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, aprobó la transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución.

[4] Aún tratándose de leyes orgánicas, los Estatutos de Autonomía parece que no pueden realizar estas transferencias. Así lo declara la Sentencia del Tribunal Constitucional 156/2004, de 21 de septiembre.

[5] En este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/1990, de 7 de febrero, establece que no es de orden cuantitativo sino cualitativo, consistente en que las materias cuya titularidad se transfieran o deleguen por su propia naturaleza sean susceptibles de la transferencia o delegación.

[6] Algunas Comunidades Autónomas como Andalucía, Castilla-la Mancha y Extremadura no aceptaron el sistema de transferencia, por lo que quedaron sujetas al modelo anterior, por lo que hasta 2002 no comenzaron a aplicar la competencia normativa sobre los tributos cedidos, ni tampoco participaron de la cesión parcial del IRPF.

[7] La cesión de las competencias normativas se ha realizado de manera paulatina y el creciente gasto público asumido por las Comunidades Autónomas ha llevado al establecimiento de tributos parafiscales. Recuérdese el conocido como "céntimo sanitario", que no era más que un recargo sobre el Impuesto sobre Hidrocarburos, con carácter finalista, concebido para la cofinanciación de los gastos sanitarios.

[8] Ya en 1985 se habían presentado ante el Tribunal Constitucional 131 conflictos de competencias.

[9] Como tributo cedido, las Comunidades Autónomas desde 1997 tuvieron competencia normativa para poder:

Determinar la cuantía y los coeficientes del patrimonio preexistente

Establecer la tarifa, siempre que se mantuviera la progresividad similar a la estatal, teniendo que mantener idéntico el primer tramo y el tipo marginal mínimo.

Establecer las reducciones de la base imponible en las transmisiones *mortis causa*, manteniendo las estatales.

Gestión, liquidación, recaudación e inspección.

[10] Aunque a todas las Regiones se les han transferido competencias en materia de educación, sanidad o servicios sociales, en la actualidad no todas las Comunidades de régimen común han asumido las competencias de prisiones o justicia.

[11] "1. Constituye el hecho imponible: a) La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier título sucesorio. b) La adquisición de bienes y derechos por donación o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito "inter vivos". c) La percepción de cantidades por los beneficiarios de contratos de seguros sobre la vida, cuando el contratante sea persona distinta del beneficiario, salvo los supuestos expresamente regulados en el artículo 16.2.a) de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias. 2. Los incrementos de patrimonio a que se refiere el número anterior, obtenidos por personas jurídicas, no están sujetos a este impuesto y se someterán al Impuesto sobre Sociedades" (Artículo 3 de Ley 29/1987 de 18 de diciembre según redacción dada en la modificación introducida el 28 de noviembre de 2014).

[12] El Impuesto comprende la regulación de tres hechos imponibles: transmisiones lucrativas *mortis causa* e *inter vivos*, así como la percepción de cantidades de seguros de vida

cuando el beneficiario es persona distinta del contratante. Sin embargo, en este artículo sólo se hace referencia a las transmisiones lucrativas por causa de muerte, y, especialmente, aquellas percibidas por personas ligadas por razones de parentesco.

[13] En el Anexo se recogen las reducciones existentes en la normativa estatal, que se aplican a falta de un desarrollo normativo autonómico específico.

[14] No son pocos los ejemplos de herederos que deben enajenar parte del caudal relicto para hacer frente al pago del impuesto, en un claro ejemplo de su carácter confiscatorio, ya que los tributos deben gravar capacidades económicas reales, y si el heredero debe vender parte del patrimonio heredado para hacer frente al pago del tributo es porque su capacidad económica real no se ha visto incrementada.

[15] Viene a colación recordar las aportaciones hechas por Fisher, pues aunque estaban referidas a la determinación de la renta objeto de gravamen, consideran que el pago de impuestos no puede implicar una merma del patrimonio inicial. Así afirma que el término *Konsumtionsfondtheorie está delimitado por la exigencia de preservar intacto el capital original.(...) Si la renta es lo que se puede consumir sin menoscabo del capital original, en tal caso es un mero hecho de valor y no una suma de bienes o de valores de bienes de consumo; y si es consumo, debemos, al igual que hace Fisher, llegar hasta el final, no quedarnos a mitad de camino. La Konsumtionsfondstheorie parece insistir en que la renta es consumo; pero insiste igualmente en la condición de que el consumo no sea mayor que algo más, alguna otra cosa. Si el aumento patrimonial, el incremento del capital no es renta, entonces la debilitación del capital no constituye una adecuada deducción.* Simons (1938).

[16] El artículo 31.1 de la Constitución recoge los principios tributarios básicos de: generalidad, equidad, tributación según la capacidad económica y, finalmente establece que el sistema tributario en ningún caso tendrá carácter confiscatorio. 1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.

[17] Doble imposición económica: se produce cuando una renta tributa dos veces en manos de dos personas distintas. Esta doble imposición se produce, por ejemplo, en las rentas que proceden de dividendos y plusvalías derivadas de la participación en fondos propios de entidades.

Doble imposición jurídica: se produce cuando una renta tributa dos veces en manos de una misma persona. Esta doble imposición se produce, por ejemplo, en las rentas que proceden de un establecimiento permanente en el extranjero.

[18] Este tributo que comenzó siendo íntegramente estatal ha pasado a convertirse en un tributo cedido a las Comunidades Autónomas. En 1996 (Ley 14/1996) se cedió la recaudación y se otorgaron las primeras competencias normativas. En 2001, estas competencias se ampliaron, de suerte que las CCAA pueden regular las reducciones que estimen convenientes, siempre que respondan a características económicas o sociales propias, la tarifa, cuantías y coeficientes del patrimonio existente y deducciones y bonificaciones de la cuota. Esta amplísima capacidad normativa ha deparado la existencia de muy importantes diferencias entre unas comunidades y otras, tal y como se expondrá a continuación.

[19] Ley 22/2009, de 18 de diciembre, artículo 32 Alcance de la cesión y puntos de conexión en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

1. Se cede a la Comunidad Autónoma el rendimiento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones producido en su territorio.2. Se considera producido en el territorio de una Comunidad Autónoma el rendimiento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones de los sujetos pasivos residentes en España, según los siguientes puntos de conexión: a) En el caso del impuesto que grava las adquisiciones «mortis causa» y las cantidades percibidas por los beneficiarios de seguros sobre la vida que se acumulen al resto de bienes y derechos que integran la porción hereditaria del beneficiario, en el territorio donde el causante tenga su residencia habitual a la fecha del devengo. b) En el caso del impuesto que grava las donaciones de bienes inmuebles, cuando éstos radiquen en el territorio de esa Comunidad Autónoma. — A efectos de lo previsto en esta letra,

tendrán la consideración de donaciones de bienes inmuebles las transmisiones a título gratuito de los valores a que se refiere el artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. c) En el caso del impuesto que grava las donaciones de los demás bienes y derechos, en el territorio donde el donatario tenga su residencia habitual a la fecha del devengo. 3. Cuando en un solo documento se donasen por un mismo donante a favor de un mismo donatario distintos bienes o derechos y por aplicación de los puntos de conexión el rendimiento deba entenderse producido en distintas Comunidades Autónomas, corresponderá a cada una de ellas el que resulte de aplicar, al valor de los donados cuyo rendimiento se le atribuye, el tipo medio que, según sus normas, correspondería al valor de la totalidad de los transmitidos. 4. Cuando proceda acumular donaciones, corresponderá a la Comunidad Autónoma el rendimiento que resulte de aplicar, al valor de los bienes y derechos actualmente transmitidos, el tipo medio que, según sus normas, correspondería al valor de la totalidad de los acumulados. A estos efectos se entenderá por totalidad de los bienes y derechos acumulados, los procedentes de donaciones anteriores y los que son objeto de la transmisión actual. 5. En los supuestos previstos en las letras a) y c) del apartado 2 anterior, se aplicará la normativa de la Comunidad Autónoma en la que el causante o donatario hubiere tenido su residencia habitual conforme a lo previsto en el artículo 28.1.1º.b) de esta Ley.

[20] Ley 22/2009, de 18 de diciembre: *Artículo 48* Alcance de las competencias normativas en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones 1. *En el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias normativas sobre: a) Reducciones de la base imponible: Las Comunidades Autónomas podrán crear, tanto para las transmisiones «ínter vivos», como para las mortis causa, las reducciones que consideren convenientes, siempre que respondan a circunstancias de carácter económico o social propias de la Comunidad Autónoma de que se trate. — Asimismo, las Comunidades Autónomas podrán regular las establecidas por la normativa del Estado, manteniéndolas en condiciones análogas a las establecidas por éste o mejorándolas mediante el aumento del importe o del porcentaje de reducción, la ampliación de las personas que puedan acogerse a la misma o la disminución de los requisitos para poder aplicarla. — Cuando las Comunidades Autónomas creen sus propias reducciones, éstas se aplicarán con posterioridad a las establecidas por la normativa del Estado. Si la actividad de la Comunidad Autónoma consistiese en mejorar una reducción estatal, la reducción mejorada sustituirá, en esa Comunidad Autónoma, a la reducción estatal. A estos efectos, las Comunidades Autónomas, al tiempo de regular las reducciones aplicables deberán especificar si la reducción es propia o consiste en una mejora de la del Estado. b) Tarifa del impuesto. c) Cuantías y coeficientes del patrimonio preexistente. d) Deducciones y bonificaciones de la cuota. — Las deducciones y bonificaciones aprobadas por las Comunidades Autónomas resultarán, en todo caso, compatibles con las deducciones y bonificaciones establecidas en la normativa estatal reguladora del impuesto y no podrán suponer una modificación de las mismas. Estas deducciones y bonificaciones autonómicas se aplicarán con posterioridad a las reguladas por la normativa del Estado. 2. Las Comunidades Autónomas también podrán regular los aspectos de gestión y liquidación. No obstante, el Estado retendrá la competencia para establecer el régimen de autoliquidación del impuesto con carácter obligatorio en las diferentes Comunidades Autónomas, implantando* éste *conforme cada Administración autonómica vaya estableciendo un servicio de asistencia al contribuyente para cumplimentar la autoliquidación del impuesto.*

[21] Por otro lado, el pago del impuesto exige la cuantificación de la base imponible, constituida por el valor real de los bienes transmitidos, sin perjuicio de la comprobación por parte de la Administración. En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley prevé que se "*impone a los interesados la obligación de consignar en sus declaraciones el valor real que atribuye a los bienes y derechos adquiridos, pero reserva a la Administración la facultad de comprobar ese valor por los medios generales a que se refiere el artículo 52 de la Ley General Tributaria. Se sigue con ellos el criterio tradicional de que la base imponible en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones está constituida por el valor real de los bienes y derechos, por lo que se deducen las cargas y deudas que minoran ese valor. Por otra parte, se aprovechan los cambios de titularidad de los bienes para actualizar la base imponible en el Impuesto sobre el Patrimonio, y, en consecuencia, el valor que se obtenga de la comprobación se declara aplicable en el mismo*

para efectos de la liquidación a girar a cargo de los adquirentes". La cuantificación de la base imponible según el "valor real" hace que, en ocasiones este valor no esté en consonancia con el incremento de capacidad económica real, producida como consecuencia de la adquisición gratuita, no porque no se haya producido tal plusvalía sino porque la ganancia patrimonial real sea menor a la cuantificada por la Administración, tras la verificación de la autoliquidación realizada por el contribuyente.

La Comunidad Autónoma es así competente para la actualización de la base imponible declarada por el contribuyente de manera provisional. Sin embargo, en ocasiones, estos valores "reales" no se corresponden con el incremento de capacidad económica "real", pues los bienes no son fácilmente enajenables o lo son por valores muy inferiores a los que la Comunidad Autónoma contempla en sus tablas o según los valores aportados en sus procedimientos de revisión de los tributos. O simplemente, la comprobación de valores se realiza de una manera tan alejada de la realidad que el importe consignado en la base imponible no es el precio que se pactaría entre partes independientes, a pesar de consignar como tal el valor de mercado.

En aplicación de las competencias normativas conferidas, algunas regiones han mejorado las reducciones aplicables en su territorio en transmisiones realizadas entre parientes pertenecientes a los Grupos I y II, si bien el desarrollo competencial es muy dispar. Sin ánimo de hacer un análisis exhaustivo de la normativa regional, se recogen algunas de las particularidades fiscales desarrolladas por las Comunidades Autónomas, con la intención de poner en conexión los beneficios reconocidos, con los niveles de recaudación que más adelante se analizan.

Respecto a cuestiones cualitativas, todas las regiones, excepto La Rioja, equiparan la situación de las parejas de hecho, reconocidas en el registro correspondiente con la situación familiar derivada de un matrimonio civil. El acogimiento familiar preadoptivo se equipara a la adopción permanente en Andalucía, Asturias, Castilla la Mancha y Cantabria.

En cuanto a los beneficios aplicables a los parientes incluidos en los grupos I y II, el impuesto es prácticamente inexistente en Andalucía, Cantabria, Murcia, Extremadura y Madrid. Y existen beneficios aplicables en; Cataluña, Galicia, Asturias, La Rioja, Valencia, Aragón, Castilla la Mancha, Canarias, Baleares y Castilla y León.

Para las personas unidas por un parentesco que les sitúa en el grupo III se les aplican mejoras a las reducciones estatales en Galicia, Cantabria, Aragón y Canarias. Y se les aplican bonificaciones autonómicas sobre la cuota en Canarias y Madrid.

La transmisión de la vivienda habitual se mejora a través de reducciones propias en: Cataluña, Galicia, Andalucía, Asturias, Cantabria, Valencia, Aragón, Canarias, Baleares y Madrid. Establecen bonificaciones de a cuota y reducciones en La Rioja y Aragón.

[22] Galicia ha establecido beneficios fiscales que se recogen en el Decreto Legislativo 1/2011, de 28 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de tributos cedidos por el Estado.

A los efectos de la aplicación del presente texto refundido, se equiparan al matrimonio las uniones de dos personas mayores de edad, capaces, que convivan con la intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal y que la inscriban en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, expresando su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio.

a) Mejora de la reducción por la adquisición mortis causa de la vivienda habitual.

Se aplica una reducción, en función de valor total de inmueble, de acuerdo con lo siguiente:

- Valor del inmueble hasta 150.000,00: se aplica una reducción del € 99%
- Valor del inmueble de 150.000,01 € a 300.000: se aplica una reducción de € 97%
- Valor del inmueble más de 300.000,00: se aplica una reducción de € 95%
- Cuando la adquisición corresponda al cónyuge, la reducción será de 100%.

El límite de la reducción es de 600.000€.

Requisitos:

Que la adquisición corresponda a descendientes o adoptados, ascendientes o adoptantes y colaterales, por consanguinidad.

En el caso de pariente colateral, este deberá ser mayor de 65 años y será necesaria la convivencia con el causante durante los dos años anteriores al fallecimiento.

Los adquirentes deberán mantener la vivienda adquirida durante los cinco años siguientes al devengo del impuesto, salvo fallecimiento de estos o transmisión de la vivienda por pacto sucesorio conforme al Derecho civil de Galicia.

Mejora en la reducción por parentesco.

Grupo I. Adquisiciones por descendientes y adoptados menores de 21 años:

1.000.000€, más 100.000 euros por cada año menos de 21 que tenga el causahabiente, con un límite de 1.500.000€.

Grupo II. Adquisiciones por descendientes y adoptados de 21 años o más y menores de 25: 900.000 euros, menos 100.000 euros por cada año mayor de 21 hasta 24; de 25 años o más, cónyuges, ascendientes y adoptantes: 400.000 euros.

Grupo III. Adquisiciones por colaterales de segundo y tercer grado, y ascendientes y descendientes por afinidad: 8.000 euros.

Grupo IV: en las adquisiciones por colaterales de cuarto grado, grado más distante y extraños, no habrá lugar a reducción.

Mejora de la reducción por minusvalía.

En las adquisiciones "mortis causa" por personas con un grado de discapacidad acreditado igual o superior al 33 % e inferior al 65 %: se aplicará una reducción de 150.000 euros.

En las adquisiciones "mortis causa" por personas con un grado de discapacidad acreditado igual o superior al 65 %:

. Sujeto pasivo perteneciente al grupo I y II con patrimonio preexistente que no exceda de 3.000.000 €: reducción del 100%.

. Sujeto pasivo perteneciente al grupo I y II con patrimonio preexistente que si excede de 3.000.000 €: reducción de 300.000 €.

. Sujeto pasivo perteneciente a los grupo III Y IV: reducción de 300.000€

Mejora autonómica en la reducción por adquisición de empresa individual, negocio profesional y participaciones en entidades.

Se establece una reducción del 99% del valor de una empresa individual o de un negocio profesional, o de participaciones en entidades o de derechos de usufructo sobre los mismos, cuando concurran las siguientes circunstancias:

Que el centro principal de gestión de la empresa o del negocio profesional, o el domicilio fiscal de la entidad, se encuentre situado en Galicia y se mantenga durante los cinco años siguientes a la fecha de devengo del impuesto.

Que a la fecha de devengo del impuesto a la empresa individual, el negocio profesional o a las participaciones les fuese de aplicación la exención regulada en el apartado 8 del artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del impuesto sobre el patrimonio.

Que la adquisición corresponda al cónyuge, descendientes o adoptados, ascendientes o adoptantes y colaterales, por consanguinidad hasta el tercer grado inclusive, del causante.

Que la persona adquiriente mantenga lo adquirido y cumpla los requisitos de la exención del impuesto sobre el patrimonio durante los cinco años siguientes al devengo del impuesto de acuerdo con lo establecido en los apartados anteriores de este artículo, salvo que dentro de dicho plazo falleciese la persona adquiriente o transmitiese la adquisición en virtud de pacto sucesorio con arreglo a lo previsto en la Ley de derecho civil de Galicia.

Que la empresa individual o la entidad haya venido ejerciendo efectivamente las actividades de su objeto social durante un periodo superior a los dos años anteriores al devengo del impuesto.

e) Reducción autonómica en la adquisición de explotaciones agrarias.

Se establece una reducción del 99% del valor de una explotación agraria situada en Galicia o de derechos de usufructo sobre ésta, cuando concurran las circunstancias siguientes:

Que en la fecha de devengo, el causante o su cónyuge tengan la condición de agricultor/a profesional.

Que la adquisición corresponda al cónyuge, descendientes o adoptados, ascendientes o adoptantes y colaterales, por consanguinidad hasta el tercer grado inclusive, del causante.

Que la persona adquiriente mantenga en su patrimonio la explotación agraria durante los cinco años siguientes al devengo del impuesto, excepto que dentro de dicho plazo fallezca la persona adquiriente o transmita la explotación en virtud de pacto sucesorio conforme a lo previsto en la Ley de derecho civil de Galicia.

Que la explotación agraria viniese realizando, efectivamente, actividades agrarias durante un período superior a los dos años anteriores al devengo del impuesto.

f) Bonificaciones de la cuota del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, en adquisiciones mortis causa.

Deducción del 99% del importe de la cuota, en las adquisiciones mortis causa por sujetos pasivos del grupo I, incluidas las cantidades percibidas por las personas beneficiarias de seguros sobre la vida.

[23] La Ley 19/2010, de 16 de julio y en el Texto Refundido de las disposiciones legales en materia de tributos cedidos por el Estado, aprobado por Decreto Legislativo del Principado de Asturias 2/2014, de 22 de octubre; modificado por la Ley del Principado de Asturias 7/2017, de 30 de junio.

Se establecen las siguientes equiparaciones subjetivas:

Las parejas estables, a los cónyuges.

Las personas objeto de un acogimiento familiar permanente o preadoptivo, a los adoptados.

Las personas que realicen un acogimiento familiar permanente o preadoptivo, a los adoptantes.

Mejora en la reducción de la Vivienda habitual del causante.

El porcentaje va del 95% para un valor del inmueble de más de 240.000,00€ por sujeto hasta el 99% para un valor del inmueble de 90.000,00€ por sujeto.

Este porcentaje será de aplicación cuando la adquisición se mantenga durante los tres años siguientes al fallecimiento del causante.

Mejora de la reducción de la base imponible para contribuyentes de los grupos I y II de parentesco.

La reducción aplicable a los grupos I y II de parentesco prevista en el artículo

20.2.a) de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, será de 300.000 euros.

Reducción para personas con discapacidad:

En las adquisiciones «mortis causa» por contribuyentes con discapacidad con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65 %, de acuerdo con el baremo al que se refiere el artículo 148 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, se aplicará una bonificación del 100 % de la cuota que resulte después de aplicar las deducciones estatales y autonómicas que, en su caso, resulten aplicables, siempre que el patrimonio preexistente del heredero no sea superior a 402.678,11 euros.

Reducción de la base imponible por la adquisición mortis causa de empresas individuales, negocios profesionales y participaciones en entidades:

Reducción del 4 % del valor de la empresa, negocio o participación, siempre que concurran las siguientes circunstancias:

Que sea de aplicación la exención regulada en el artículo 4.8 de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio.

Que la adquisición corresponda al cónyuge, descendientes o adoptados, ascendientes o adoptantes y colaterales, por consanguinidad, hasta el tercer grado de la persona fallecida.

Que el domicilio fiscal de la empresa individual, negocio profesional o entidad a que corresponda la participación radique en el Principado de Asturias y se mantenga durante los cinco años siguientes al fallecimiento del causante.

Que el adquirente mantenga en su patrimonio la adquisición durante los cinco años siguientes a la fecha de transmisión, salvo que fallezca dentro de este plazo.

Reducción de la base imponible por la adquisición mortis causa de empresas individuales, negocios profesionales y participaciones en entidades por herederos sin grado de parentesco con el causante:

Se aplicará una reducción del 95 % del valor, siempre que concurran los requisitos establecidos en el art. 18 ter del Decreto Legislativo del Principado de Asturias 2/2014.

Bonificaciones de la cuota del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, en adquisiciones mortis causa:

En las adquisiciones mortis causa por sujetos pasivos incluidos en el grupo II se aplicará una bonificación del 100% de la cuota que resulte después de aplicar las deducciones estatales y autonómicas que, en su caso, resulten aplicables siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

Que la base imponible sea igual o inferior a 150.000 euros.

Que el patrimonio preexistente del heredero no sea superior a 402.678,11 euros.

La presente bonificación resultará asimismo de aplicación a los contribuyentes con discapacidad con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65%, de acuerdo con el baremo a que se refiere el artículo 148 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, siempre y cuando cumpla los requisitos establecidos.

[24] La Comunidad Autónoma de Madrid ha establecido beneficios fiscales que se recogen en el Decreto Legislativo 1/2010, de 21 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el texto Refundido de las Disposiciones Legales de la Comunidad de Madrid en materia de tributos cedidos por el Estado.

A efectos de la aplicación de lo dispuesto en este capítulo, se asimilarán a cónyuges los miembros de uniones de hecho que cumplan los requisitos establecidos en la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid.

Mejora de la reducción por la adquisición mortis causa de la vivienda habitual.

En los casos en los que en la base imponible de una herencia que corresponda al cónyuge, ascendientes o descendientes del causante, o bien colateral mayor de sesenta y cinco años que hubiese convivido con el causante durante los dos años anteriores al fallecimiento, se incluya la vivienda habitual del causante, se aplicará una reducción del

95% sobre valor neto de la vivienda, con el límite de 123.000 € para cada sujeto pasivo, siempre que la adquisición se mantenga, durante los cinco años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que falleciese el adquirente dentro de este plazo.

Mejora en la reducción por parentesco.

Grupo I. Adquisiciones por descendientes y adoptados menores de 21 años: 16.000 €, más 4.000 € por cada año menos de 21 que el causahabiente, sin que la reducción pueda exceder de 48.000 €.

Grupo II. Adquisiciones por descendientes y adoptados de 21 o más años, cónyuge, ascendientes y adoptantes: 16.000 €.

Grupo III. Adquisiciones por colaterales de segundo y tercer grado, ascendientes y descendientes por afinidad: 8.000 €.

Grupo IV. En las adquisiciones por colaterales de cuarto grado, grados más distantes y extraños, no habrá lugar a reducción

Mejora de la reducción por minusvalía.

Se aplicará, una reducción de 55.000 € a las personas discapacitadas con un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100, de acuerdo con la normativa correspondiente.

La reducción será de 153.000 € para aquellas personas que acrediten un grado de minusvalía igual o superior al 65 por 100.

Mejora autonómica en la reducción por adquisición de empresa individual, negocio profesional y participaciones en entidades.

En los casos en los que en la base imponible de una herencia que corresponda al cónyuge, descendientes o adoptados de la persona fallecida, estuviese incluido el valor de empresa

individual, negocio profesional o participaciones en entidades a los que sea de aplicación la exención regulada en el artículo 4.8 de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio, o derechos de usufructo sobre los mismos, se aplicará una reducción del 95% del mencionado valor neto, siempre que la adquisición se mantenga, durante los cinco años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que falleciese el adquirente dentro de este plazo.

Cuando no existan descendientes o adoptados, la reducción será de aplicación a las adquisiciones por ascendientes, adoptantes y colaterales, hasta el tercer grado y con los mismos requisitos recogidos anteriormente. En todo caso, el cónyuge supérstite tendrá derecho a la reducción del 95 %.

Reducción autonómica en la adquisición de explotaciones agrarias.

Bonificaciones de la cuota del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, en adquisiciones mortis causa:

Los sujetos pasivos incluidos en los grupos I y II de los previstos en el artículo 20.2.a) de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, aplicarán una bonificación del 99% en la cuota tributaria derivada de adquisiciones mortis causa y de cantidades percibidas por beneficiarios de seguros sobre la vida que se acumulen al resto de bienes y derechos que integren la porción hereditaria del beneficiario.

[25] Forman parte del Grupo III, los colaterales de segundo grado (hermanos) y de tercer grado (sobrinos y tíos), ascendientes y descendientes por afinidad.

[26] La Comunidad Valenciana ha establecido beneficios fiscales que se recogen en la Ley 13/1997, de 23 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, por la que se regula el tramo autonómico del Impuesto sobre la renta de las personas físicas y restantes tributos cedidos.

Mejora de la reducción por la adquisición mortis causa de la vivienda habitual.

La Comunidad Valenciana, establece una reducción del 95% del valor de la vivienda habitual, con el límite de 150.000 euros.

Los requisitos para la aplicación de dicha reducción son los siguientes:

. Que la adquisición se mantenga, durante los cinco años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que falleciera el adquirente dentro de ese plazo.

. Que los causahabientes sean cónyuge, ascendientes o descendientes de aquél, o bien pariente colateral mayor de sesenta y cinco años que hubiese convivido con el causante durante los dos años anteriores al fallecimiento.

Mejora en la reducción por parentesco.

Grupo I. Adquisiciones por descendientes y adoptados menores de 21 años: 100.000 euros, más 8.000 euros por cada año menos de 21 que tenga el causahabiente, sin que la reducción pueda exceder de 156.000 euros.

Grupo II. Adquisiciones por descendientes y adoptados de 21 o más años, cónyuges o pareja de hecho, ascendientes y adoptantes: 100.000 euros.

Mejora de la reducción por minusvalía.

En las adquisiciones "mortis causa" por personas con un grado de discapacidad física o sensorial igual o superior al 33 %: se aplicará una reducción de 120.000 euros.

En las adquisiciones "mortis causa" por personas con un grado de discapacidad psíquica igual o superior al 33 %: se aplicará una reducción de 240.000 euros.

En las adquisiciones "mortis causa" por personas con un grado de discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 %: se aplicará una reducción de 240.000 euros

Mejora autonómica en la reducción por adquisición de empresa individual, negocio profesional y participaciones en entidades.

En los casos de transmisiones de una empresa individual o de un negocio profesional a favor del cónyuge o pareja de hecho, descendientes, adoptados del causante, ascendientes, adoptantes, o de parientes colaterales hasta el tercer grado, se aplicará a la base imponible una reducción del 95 por 100 del valor neto de los elementos patrimoniales afectos a la empresa o al negocio, siempre que se mantenga por el adquirente en actividad durante un periodo de cinco años a partir del fallecimiento del causante, salvo que aquel falleciera, a su vez, dentro de dicho periodo.

Esta reducción será de aplicación siempre que concurran los siguientes requisitos:

Que la actividad se ejerza por el causante de forma habitual, personal y directa.

Que el importe neto de la cifra de negocios de la empresa posibilite la aplicación de los incentivos fiscales para entidades de reducida dimensión

Que dicha actividad constituya la mayor fuente de renta del causante.

Cuando un mismo causante ejerza dos o más actividades de forma habitual, personal y directa, la reducción alcanzará a todos los bienes y derechos afectos a las mismas, considerándose que su mayor fuente de renta a estos efectos viene determinada por el conjunto de los rendimientos de todas ellas.

También se aplicará la mencionada reducción respecto del valor neto de los bienes del causante afectos al desarrollo de la actividad empresarial o profesional del cónyuge o pareja de hecho, por la parte en que resulte adjudicatario de aquellos, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

En el caso de que el causante se encontrara jubilado de la actividad de la empresa o negocio en el momento de su fallecimiento, los anteriores requisitos se habrán de cumplir por alguno de los parientes adquirentes de la empresa. En tal caso, la reducción se aplicará únicamente al pariente que ejerza la actividad y que cumpla tales requisitos. Si, en el momento de la jubilación, el causante hubiera cumplido los 65 años, la reducción aplicable será la general del 95 %, siendo del 90 % si en aquel momento, el causante tuviera entre 60 y 64 años cumplidos.

Reducción autonómica por adquisición de empresa individual agrícola.

En el supuesto de transmisión de una empresa individual agrícola a favor del cónyuge o pareja de hecho, descendientes, adoptados, ascendientes, adoptantes y parientes colaterales, hasta el tercer grado, del causante, la base imponible del impuesto se reducirá en el 95 % del valor neto de los elementos patrimoniales afectos a la empresa transmitida, siempre que se cumplan, los requisitos establecidos en la normativa autonómica a la cual me remito.

Reducción autonómica en la adquisición de explotaciones agrarias.

La Comunidad Valenciana no ha establecido ninguna mejora en esta reducción por lo que son de aplicación los artículos 9, 10 y 11 de la Ley 19/1995, de 4 de julio de modernización de las explotaciones agrarias, a los cuales me remito.

Bonificaciones de la cuota del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, en adquisiciones mortis causa.

La Comunidad Valenciana establece las siguientes bonificaciones en la cuota:

- Grupo I. Bonificación en la cuota del impuesto del 75 %.
- Grupo II. Bonificación en la cuota del impuesto del 50 %.
- Discapacitados físicos, sensoriales o físicos, una bonificación del 75% de la cuota cualquiera que sea su grado de parentesco con el causante.

[27] La Rioja ha establecido beneficios fiscales que se recogen en la Ley 3/2017, de 31 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2017.

Mejora de la reducción por la adquisición mortis causa de la vivienda habitual.

Se establece la misma reducción por la adquisición de la vivienda habitual del causante que la establecida en la LISD, si bien en este caso, el periodo mínimo de conservación es de cinco años. Los causahabientes tienen que ser el cónyuge, descendientes o adoptados, ascendientes o adoptantes, o bien pariente colateral mayor de 65 años que hubiese convivido con el causante durante los dos años anteriores al fallecimiento.

Mejora en la reducción por parentesco.

La Rioja no ha establecido ninguna mejora en esta reducción por lo que es de aplicación el art. 20.2 a) de la LISD, al cual me remito.

Mejora de la reducción por minusvalía.

La Rioja no ha establecido ninguna mejora en esta reducción por lo que es de aplicación el art. 20.2 a) de la LISD, a la cual me remito.

Mejora autonómica en la reducción por adquisición de empresa individual, negocio profesional y participaciones en entidades.

1. Cuando en la base imponible de una adquisición mortis causa esté incluido el valor de una empresa individual o de un negocio profesional situado en La Rioja, para obtener la base liquidable se aplicará en la imponible una reducción del 99% del mencionado valor, siempre que concurran las siguientes circunstancias:

Que la empresa individual, el negocio profesional o las participaciones en entidades estén exentos del impuesto sobre el patrimonio.

Que la adquisición corresponda al cónyuge, descendientes, adoptados o personas objeto de un acogimiento familiar permanente o preadoptivo, ascendientes, adoptantes o personas que realicen un acogimiento familiar permanente o preadoptivo y colaterales, por consanguinidad, hasta el cuarto grado, de la persona fallecida.

Que el adquirente mantenga en su patrimonio la adquisición durante los cinco años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que falleciese a su vez dentro de este plazo.

Que se mantenga el domicilio fiscal y social de la entidad en el territorio de La Rioja durante los cinco años siguientes al fallecimiento del causante.

Reducción autonómica en la adquisición de explotaciones agrarias.

Si en la base imponible está incluido el valor de una explotación agraria, también le será aplicable la reducción del 99%, con las siguientes especialidades:

El causante ha de tener la condición de agricultor profesional en la fecha del fallecimiento.

El adquirente ha de conservar en su patrimonio la explotación agraria durante los cinco años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que durante ese plazo fallezca a su vez el adquirente.

El adquirente ha de tener en la fecha de devengo del impuesto la condición de agricultor profesional y ser titular de una explotación agraria a la que se incorporen los elementos de la explotación que se transmiten.

La adquisición ha de corresponder al cónyuge, descendientes, adoptados o personas objeto de un acogimiento familiar permanente o preadoptivo, ascendientes, adoptantes o personas que realicen un acogimiento familiar permanente o preadoptivo y colaterales, por consanguinidad, hasta el cuarto grado, de la persona fallecida.

f) Bonificaciones de la cuota del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, en adquisiciones mortis causa.

A los sujetos pasivos incluidos en los grupos I y II de la LISD, se aplicará una deducción del:

• 99% de la cuota que resulte después de aplicar las deducciones estatales y autonómicas que, en su caso, resulten procedentes, si la base liquidable es inferior o igual a 500.000 euros.

• 98% de la cuota que resulte después de aplicar las deducciones estatales y autonómicas que, en su caso, resulten procedentes, para las bases liquidables que superen los 500.000 euros.

[28] Aragón ha establecido beneficios fiscales que se recogen en el Texto refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de tributos cedidos, aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de septiembre y la Ley 10/2015, de 28 de diciembre, de medidas para el mantenimiento de los servicios públicos en la Comunidad Autónoma de Aragón que modifica el mismo.

Mejora de la reducción por la adquisición mortis causa de la vivienda habitual.

Reducción del 99%, con el límite de 125.000 euros, sobre el valor neto que, corresponda proporcionalmente al valor de la citada vivienda, siempre que los causahabientes sean cónyuge, ascendientes o descendientes de aquel, o bien pariente colateral mayor de 65 años que hubiese convivido con el causante durante los dos años anteriores al fallecimiento. La reducción estará condicionada a que la adquisición se mantenga durante los cinco años siguientes.

Reducción en la base imponible del impuesto a favor del cónyuge y de los ascendientes y descendientes.

El cónyuge, los ascendientes y los hijos del fallecido podrán aplicarse una reducción del 100% de la base imponible, incluida la relativa a pólizas de seguros de vida.

El importe de esta reducción, sumado al de las restantes reducciones aplicables por el contribuyente, excluida la relativa a los beneficiarios de pólizas de seguros de vida, no podrá exceder de 150.000,00 Euros. En caso contrario, se aplicará esta reducción en la cuantía correspondiente hasta alcanzar dicho límite.

El patrimonio preexistente no podrá exceder de 402.678,11 euros.

Cuando el contribuyente, cumpliendo los todos requisitos señalados, tenga un grado de discapacidad igual o superior al 33% e inferior al 65%, los límites de esta reducción se elevan a 175.000,00€.

Reducción del 100% en la base imponible, con el límite de 3.000.000 de euros, en las adquisiciones "mortis causa" que correspondan a los hijos del causante menores de edad.

Reducción para personas con discapacidad.

Reducción del 100% de la base imponible en las adquisiciones hereditarias que correspondan a personas con un grado de discapacidad igual o superior al 65 %, conforme al baremo a que se refiere el artículo 148 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Reducción por la adquisición de empresa o participación en entidades.

Se practicará una reducción del 99% del valor de dicha adquisición, siempre que los causahabientes sean cónyuge, descendientes o adoptados de la persona fallecida y que la adquisición se mantenga durante el plazo de los cinco años siguientes al fallecimiento del causante.

Cuando no existan descendientes o adoptados, será de aplicación a las adquisiciones por ascendientes, adoptantes y colaterales, hasta el tercer grado y con los requisitos señalados en el artículo 131.3 del Texto refundido de las disposiciones dictadas por la

Comunidad Autónoma de Aragón en materia de tributos cedidos, aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de septiembre, del Gobierno de Aragón.

f) Bonificaciones de la cuota del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, en adquisiciones mortis causa:

El cónyuge, los ascendientes y los hijos del fallecido podrán aplicar una bonificación en la cuota tributaria derivada de adquisiciones mortis causa y de cantidades percibidas por beneficiarios de seguros sobre la vida que se acumulen al resto de bienes y derechos que integren la porción hereditaria del beneficiario.

La bonificación, para hechos imponibles devengados a partir del 1 de enero de 2016, y siempre que el fallecimiento del causante se hubiera producido desde esa fecha, será del 65% siempre y cuando:

La base imponible sea igual o inferior a 100.000 euros.

El patrimonio preexistente del sujeto pasivo no exceda de 100.000 euros.

[29] En el anexo se pueden comprobar los distintos niveles de recaudación obtenidos por las Comunidades Autónomas en los últimos siete años, y cómo las disparidades entre regiones se han mantenido en el tiempo.

1.5. Obligaciones

Comentario del recorrido jurisprudencial del caso Orcel: daño emergente y lucro cesante en la indemnización de daños contractuales

Commentary on the judicial path of the Orcel case: consequential damages and loss of profits in the compensation of contractual damages

por

JULIO ESPLUGUES GARCÍA

Personal Investigador en Formación
Universidades de Bolonia y Valencia
Becario del Real Colegio de España en Bolonia

RESUMEN: La indemnización de daños patrimoniales tras el incumplimiento de contrato siempre ha contrapuesto las categorías de daño emergente y lucro cesante, de modo que cada daño debía englobarse en una de estas categorías para poder ser indemnizado. En este artículo se analiza brevemente si esto es necesario y para ello se emplea un caso de gran relevancia mediática.

ABSTRACT: The compensation of pecuniary damages after breach of contract has always opposed the categories of damnus emergens and lucrum cessans, so that each loss had to be included in one of these categories in order to be compensated. This article briefly analyzes whether this is necessary, using a case of great media relevance.

PALABRAS CLAVE: Incumplimiento de contrato, Indemnización, Daño emergente, Lucro cesante, Deber de mitigar.

KEYWORDS: Breach of contract, Damages, Damnus emergens, Lucrum cessans, Duty of mitigation.

SUMARIO: I.UN APUNTE INICIAL.—II.UN RESUMEN DE LOS HECHOS.—III. LAS POSICIONES DE LAS PARTES.—IV. UNA PRIMERA DECISIÓN JUDICIAL—V. UNA SEGUNDA DECISIÓN JUDICIAL.—VI. UNA CUESTIÓN PREVIA: EL NOMBRAMIENTO COMO CONSEJERO Y SU DESTITUCIÓN.—VII. UN (NO TAN CLARO) PRECEDENTE DEL CASO ORCEL.—VII. LAS DIVERSAS PARTI-

DAS INDEMNIZATORIAS: UN BREVE COMENTARIO: 1. Cláusulas de incorporación. 2. Cobro del salario pese a no haber trabajado: motivos para su concesión como daño. 3. Breve análisis sobre la trascendencia (o no) de la calificación del daño patrimonial para su indemnización. 4. Daño moral—VIII. CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE SENTENCIAS.—BIBLIOGRAFÍA.

I. UN APUNTE INICIAL

En la concepción tradicional de la indemnización de daños por incumplimiento contractual, se ha distinguido entre daño emergente y lucro cesante a la hora de determinar la categoría a la que pertenece el daño e indemnizarlo. De este modo, la contraposición de las categorías resulta de gran relevancia, en tanto que cada una de las pérdidas debe ser calificada como daño emergente o lucro cesante a la hora de determinar su indemnizabilidad y, en ocasiones, el nivel de prueba que debe seguirse.

El propósito de este artículo es analizar cuál es la importancia de esta distinción a través del análisis de un caso judicial de gran relevancia mediática: el denominado caso Orcel[1]. En él se analizan las consecuencias del desistimiento que realizó el Banco Santander respecto a la contratación del que iba a ser su consejero delegado. Este caso, nos permite observar en la práctica judicial cuál es la trascendencia de la calificación de un daño como lucro cesante o daño emergente al contener diversas partidas indemnizatorias por daños patrimoniales de naturaleza diversa.

En septiembre de 2018, el Banco Santander había comunicado públicamente el nombramiento de una nueva persona como consejero delegado[2]. Así, quedaba claro que existía un relevo para quien hasta entonces desempeñaba esta función, puesto que iba a ocupar la posición de Presidente del Banco Santander España[3]. Sin embargo, en enero de 2019, el Consejo de Administración de la entidad decidió dejar sin efecto el nombramiento realizado en septiembre. La razón que se adujo para la marcha atrás de la entidad financiera fue el elevado coste que tenía para ella la contratación del nuevo consejero delegado y que, supuestamente, habían conocido con posterioridad[4].

Desde el punto de vista jurídico, el caso plantea ciertas cuestiones de gran interés como son si se había llegado a contratar al nuevo consejero delegado, si se puede desistir de un nombramiento anunciado y, en su caso quién es el órgano competente, o cuáles son las consecuencias de hacerlo.

En la actualidad, han recaído, hasta donde conocemos, dos sentencias sobre este asunto — Instancia y Apelación — y un auto de aclaración de sentencia.

II. UN RESUMEN DE LOS HECHOS

La comprensión de este caso requiere la explicación de los hechos que constan acreditados por las sentencias, aunque no sean sencillos debido a la multitud de detalles que no se proporcionan o que no han quedado acreditados.

En primer lugar, en el año 2018, el Banco Santander necesitaba un nuevo consejero delegado, ya que la persona que ocupaba el cargo en ese momento iba a convertirse en el Presidente del Banco Santander España. Esto se debía a que el hasta entonces Presidente había manifestado el 25 de junio de 2018 su intención de retirarse[5].

Por ello, se puso a la búsqueda de un nuevo consejero delegado y contactó con quien consideraba que era un buen candidato. Hasta ese momento, esta persona ocupaba el puesto de Director de Inversiones y era miembro del Comité Ejecutivo de UBS, un grupo bancario internacional con sede en Suiza. UBS era una entidad con la que el Banco Santander trabajaba de manera frecuente y, especialmente, con quien iba a incorporarse a la entidad financiera española.

En 2017 — último año en el que trabajó toda la anualidad para esta entidad—, recibió una remuneración de 12.000.000 CHF. De este salario, 4.000.000 CHF eran fijos y el resto dependían, principalmente, de la consecución de objetivos. A su vez, la parte variable se pagaba en ese ejercicio o de forma diferida.

En el contrato que tenía este directivo de UBS con la entidad que le empleaba se establecía que, para abandonarla, debía preavisar con seis meses de antelación y pasar por un período de seis meses de *gardening leave*, un tiempo en el que ya no trabajaría para la entidad, pero seguiría cobrando de ella su salario. No queda claro en las sentencias si la parte diferida de la retribución variable que correspondería cobrar en este tiempo, se pagaba o no, aunque el Banco Santander sostenía que sí la recibió[6].

Posteriormente, y antes de la celebración del contrato entre la entidad financiera y el consejero delegado a incorporar se llevó, a cabo una negociación entre tres partes: la Presidenta del Banco Santander, UBS — el empleador hasta ese momento — y el directivo que cambiaba de entidad. De este modo, el 10 de septiembre de 2018, la Presidenta del Banco Santander conoció que la persona que deseaba incorporar como consejero delegado tenía pendiente de cobrar una remuneración de UBS y que no lo haría si abandonaba UBS para irse al Banco Santander. Además, el 18 de septiembre de 2018, el Presidente de UBS comunicó a la entidad financiera que la marcha voluntaria de uno de sus directivos implicaría la pérdida de la remuneración que se recibiría de manera diferida, según lo establecido en el contrato que existía con UBS. Es decir, UBS mostró su negativa a modificar lo pactado y otorgarle una parte de la remuneración aplazada.

Después de conocer el Banco Santander que la persona a la que deseaban incorporar perdería la remuneración diferida por UBS si abandonaba esta entidad, incluyeron ambos una cláusula en el contrato que posteriormente, celebraron por la que la entidad financiera española se comprometía a mantenerle indemne con un límite de 35 millones de euros. Dicho de otro modo, ante la posible pérdida de la retribución diferida a recibir de UBS por el abandono de la entidad helvética, el Banco Santander garantizaba que el nuevo directivo recibiría dicha remuneración diferida, puesto que la entidad española sería la encargada de abonarla. En las sentencias no se explicita ni la cuantía a cobrar de UBS por parte del nuevo directivo en la entidad española ni la forma de cálculo o abono. Por ello, desconocemos si la cantidad a recibir de UBS era mayor de 35 millones de euros, si su cuantía podía variar con referencia a algún índice o cuándo se cobraría.

Asimismo, el directivo que iba a incorporarse a la entidad española se comprometía a negociar con UBS un posible cobro de la retribución diferida que le permitiera al Banco Santander abonar una cuantía menor.

UBS había comunicado el 23 de septiembre de 2018 — dos días antes de esta reunión — a la Presidenta del Banco Santander que no iba a abonar ninguna cuantía de la retribución diferida al directivo que cambiaba de entidad y el 24 de septiembre se lo manifestaron también a él. Esto suponía que se aprobara el nombramiento con el conocimiento de que debería hacerse frente a la indemnización pactada de hasta 35 millones de euros.

El 24 de septiembre de 2018, la Presidenta del Banco Santander conoció que ni el Banco Central Europeo se oponían al nombramiento del nuevo consejero delegado del banco ni el Banco de España se mostraba en contra y lo comunicó a la Comisión de Nombramientos de la entidad junto con la existencia del *gardening leave*. Además, la persona a incorporar y el Banco Santander celebraron un contrato denominado «carta-oferta» en el que se establecía que él sería el consejero delegado de la entidad financiera y pactaron la remuneración a recibir. Este contrato fue firmado por el Secretario del Consejo de Administración del Banco Santander y necesitaba ser aprobado por el Consejo de Administración de la entidad previa recomendación de la Comisión de Remuneraciones del Consejo de Administración. Asimismo, el directivo que cambiaba de entidad dimitió de su puesto en UBS.

El 25 de septiembre de 2018, el Consejo de Administración del Banco Santander se reunió y nombró por cooptación al nuevo consejero delegado de la entidad. La fecha de inicio de su labor como consejero se pactó que fuera la última de estas tres: 1 de enero de 2019, aprobación del nombramiento por parte del Banco Central Europeo o el final del *gardening leave*.

Las condiciones del nombramiento eran las siguientes: un bonus de incorporación de 17 millones de euros; una compensación de hasta 35 millones de euros por la pérdida de la retribución aplazada de UBS y un salario de 10 millones de euros al año en su total. No consta que se pactara una indemnización por cese en el puesto.

El bonus de 17 millones de euros se devengaba por el simple nombramiento como consejero delegado de la entidad y solo debería reintegrarse si el Banco Central Europeo[7] o la junta general de accionistas de la entidad rechazaran el nombramiento o si el nuevo directivo abandonara voluntariamente la entidad. En este último caso, la devolución sería proporcional, pero no se indicaba respecto a qué. La finalidad del bonus de incorporación y de la compensación de hasta 35 millones de euros era compensar al nuevo consejero delegado por la pérdida de la retribución diferida de UBS.

El salario anual se dividía en cuatro partidas: 2,9 millones de euros de salario base — fijo —, 5,35 millones de euros como retribución variable, 0,829 millones de euros como aportación al plan de pensiones — no se menciona si es fija o variable esta partida — y 0,921 millones de euros en concepto de otros beneficios — tampoco se conoce si es una partida fija o variable —.

El contrato con la entidad tenía una duración de 3 años, aunque para la fijación del salario se tomaban cinco como referencia. En este punto, no se precisa en las sentencias si el periodo se refería a que era fijo el máximo global a recibir

durante este tiempo, a si el tiempo para el cálculo del variable eran cinco años o a qué ocurriría de renovarse el contrato antes de que transcurrieran esos cinco años.

Después de la aprobación en el Consejo de Administración del Banco Santander, la Presidenta de la entidad publicó un mensaje en Twitter el 25 de septiembre de 2018 en el que comunicó la incorporación del nuevo consejero delegado. Además, en una entrevista el 2 de octubre de 2018, sostuvo que la nueva incorporación sería el próximo consejero delegado de la entidad y el 2 de noviembre de 2018[8], grabaron ella y el nuevo administrador un vídeo de 26 segundos en el que reiteraron la incorporación del nuevo consejero delegado.

El 19 de noviembre de 2018, UBS comunicó al directivo que cambiaba de entidad que estaba en nómina hasta el 31 de marzo de 2019, pero que a partir del 31 de octubre de 2018 deja de trabajar. El contrato se extinguiría el día 31 de marzo de 2019, momento a partir del que podría incorporarse a trabajar dónde desee. Es decir, ejecutó el período de *gardening leave*. Resulta sorprendente que le comunicaran el fin de sus funciones pasado el momento en el que había dejado de realizarlas.

El 7 de enero de 2019, el que iba a ser el nuevo consejero delegado se reunió con la Presidenta del Banco Santander. Él pensaba que iba a debatir con ella ciertos puntos presentados sobre la estrategia a seguir por la entidad tras su incorporación. Sin embargo, la Presidenta del Banco Santander le comunicó que ya no quería contar con él.

El 15 de enero de 2019, el Consejo de Administración del Banco Santander dejó sin efecto el nombramiento del nuevo consejero delegado de la entidad. Basó esta decisión en un elevado coste de realizar el fichaje[9]. La junta general de accionistas que debía ratificar el nombramiento estaba prevista para abril de 2019.

Finalmente, el 15 de abril de 2021, el que iba a ser consejero delegado del Banco Santander se incorpora a la entidad financiera Unicredit como consejero delegado.

III. LAS POSICIONES DE LAS PARTES

Ante la negativa del Banco Santander a incorporar al nuevo consejero delegado y la pérdida de su puesto de trabajo anterior, la persona que iba a ocupar este puesto decidió demandar el a la entidad financiera y solicitó una indemnización por lo dejado de obtener. No queda claro en las sentencias si también pidió que se condenara al cumplimiento de contrato, esto es, a la provisión del puesto pactado como consejero delegado del Banco Santander. Respecto a la indemnización solicitó que se le abonaran los 17 millones de euros del bonus de incorporación, los 35 millones de euros por la pérdida de la retribución diferida de UBS, el salario correspondiente a la «retribución objetivo anual» en el contrato durante su periodo de vigencia — tampoco se entiende si se toma como referencia un periodo de tres o cinco años — y 10 millones de euros en concepto de daño moral. Posteriormente, modificó el suplico y lo redujo a dos años de salario — el tiempo entre el fin del contrato en UBS y su incorporación a Unicredit —. Subsidiariamente, solicitó el abono del bonus de incorporación y el daño moral.

El Banco Santander contestó y alegó que no existíab contrato alguno sino una mera oferta que no resultaba vinculante. Además, sostuvo que las partidas relativas al bonus de incorporación y la compensación por la retribución diferida de hasta 35 millones de euros no eran válidas, puesto que requerían la aprobación por parte de la junta general de accionistas. Esto último no queda claro si lo alegaba en la contestación, pero sí lo hizo al interponer el recurso de apelación. Por todo ello, solicitó que la demanda fuera desestimada íntegramente.

Resulta extremadamente curioso observar cómo actuaron ambas partes. Por un lado, el que iba a ser consejero delegado exigió como pretensión principal una compensación por su interés de cumplimiento. Subsidiariamente, pidió que se le repararan ciertas partidas de este interés, pero no que se le indemniazara por el interés de confianza. No parece que solicitara que se le indemnizara por el daño con base en la doctrina de la *culpa in contrahendo*, es decir, su pretensión no se basaba en la ruptura injustificada de tratos preliminares — que sí podría fundamentar una indemnización — sino en la de la existencia de un contrato ya celebrado y que había sido incumplido.

De este modo, si se considerara por el juzgador que la estimación de la pretensión no procede por no haberse llegado a celebrar el contrato, pero sí una indemnización por *culpa in contrahendo* no podría otorgarla al suponer esto una vulneración del principio de congruencia de las sentencias. Esto se debe a que la causa de pedir de la pretensión no era la indemnización por *culpa in contrahendo* sino por incumplimiento de contrato[10].

Por otro lado, el Banco Santander jugaba a todo o nada. Es decir, si sus alegaciones eran atendidas, no indemnizaría nada al no existir incumplimiento alguno que diera lugar a la indemnización. Pero de no serlo, si se declarara que había existido un contrato que no ha sido cumplido sí debería indemnizar los daños derivados de este cumplimiento. La única objeción que puso a la indemnizabilidad del daño era la jurídica, al considerar que debía haber sido aprobada la concesión de esa partida contractual en la junta general de accionistas y no por el Consejo de Administración. En ningún momento negó que existiera el daño o que no fuera indemnizable con base en otros motivos.

IV. UNA PRIMERA DECISIÓN JUDICIAL

La sentencia de Primera Instancia de 9 de diciembre de 2021[11] consideró que estábamos ante un contrato de consejero delegado ya celebrado.

El juzgador consideró que la promoción del nombramiento, la aceptación de este por parte del Consejo de Administración, la renuncia de la entidad al contrato antes de la celebración de la junta general de accionistas, el conocimiento de la aceptación informal por parte del Banco Central Europeo y del Banco de España del nombramiento y el conocer la existencia del plazo de no competencia eran hechos suficientes para considerar la existencia y validez del contrato[12]. Además, dio por acreditado que la entidad sabía el riesgo en el que incurría de tener que abonar hasta 35 millones de euros en compensación de la pérdida de la retribución diferida[13].

Todo ello hizo que estimara íntegramente la demanda planteada por el que iba a ser consejero delegado del Banco Santander y condenara a la entidad al abono de 17 millones de euros por el bonus de incorporación, 35 millones de euros por la pérdida de la retribución aplazada de UBS, 5,8 millones de euros por el salario no recibido durante dos años y 10 millones de euros en concepto de daño moral por el sufrimiento psicológico y la pérdida de imagen del directivo en el sector.

No se justificó la concesión de cada partida más allá de enunciar que son indemnizables esos daños, pero no explica la sentencia los motivos que le llevan a ello.

Posteriormente, se dictó auto de aclaración de sentencia el 13 de enero de 2022 y se modificó el fallo en el sentido de cambiar la concesión de la indemnización hasta 35 millones de euros por la pérdida de la retribución diferida y dejarla en 18.623.489,12€[14]. No está publicada esta resolución y, por tanto, desconocemos qué elementos se han tenido en consideración para modificar la cuantía, aunque en la sentencia de apelación se indica que se debe a la recepción de cantidades de dinero por el concepto de incentivos a largo plazo. Es decir, parece que al no incorporarse al Banco Santander sí recibe la retribución diferida.

V. UNA SEGUNDA DECISIÓN JUDICIAL

El Banco Santander recurrió en apelación y reiteró que no estábamos ante un contrato sino ante meros tratos preliminares. Además, sostuvo que tanto la aprobación del bonus de 17 millones de euros como de la garantía de hasta 35 millones de euros correspondían a la junta general de accionistas y no al Consejo de Administración de conformidad con la legislación societaria. Finalmente, sostuvo que al no incorporarse el que iba a ser consejero delegado a la entidad pudo recibir la remuneración aplazada y que lo que todavía le quedaba por cobrar es por haber aceptado el puesto en Unicredit.

La Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia de 20 de enero de 2023[15], consideró que estábamos ante un contrato válido y celebrado por las partes y que la necesidad de aprobación en la junta general de accionistas no impedía su eficacia. Además, sostuvo que se trataba de un contrato sujeto a plazo, pero que ello no obstaba para ser válido. Justificó la decisión en la existencia de un precontrato al que consideró eficaz y válido[16], pero al que otorgó la misma eficacia que a un contrato[17]. Esta calificación la basó en el hecho de que la incorporación a la entidad no era hasta marzo de 2019 y, por tanto, habrían existido diversas fases en la celebración del contrato. De este modo, tras la negociación empezaría la fase precontractual hasta que el que iba a ser consejero delegado empezara a trabajar en el Banco Santander. Sin embargo, consideramos que esto carece de sentido puesto que da a entender que los contratos sometidos a plazo no son contratos sino precontratos hasta la llegada del término.

Respecto a las partidas indemnizatorias, mantuvo las otorgadas por el juzgador de instancia, pero modificó la cuantía del daño moral.

En cuanto al bonus de incorporación, consideró que debía abonarse en tanto que se devengaba con la celebración del contrato y fue el obligado a su abono el

que impidió que pudiera ser aprobado el nombramiento, pues la destitución se produjo antes de la celebración de la junta general de accionistas.

La compensación por la pérdida de la retribución aplazada de UBS tenía, según la Audiencia Provincial, doble finalidad. Así, servía para compensar la pérdida del salario aplazado y, por otro lado, para mostrar la posibilidad de desarrollo en el Banco Santander[18].

La Audiencia Provincial consideró que el salario a abonar era indemnizable, como entendió el Tribunal Supremo respecto a un caso similar[19]. En ese supuesto se consideró que formaba parte del interés de indemnidad, por lo que se calculó con base en el salario dejado de percibir en el anterior empleo. Sin embargo, en este caso, la Audiencia Provincial de Madrid consideró que debía tomarse como referencia el salario base del nuevo puesto al ser menor que el anterior en un 18%[20], pero no explicó los motivos que le llevaron a otorgar la indemnización por el salario nuevo y no por el anterior como hizo el Tribunal Supremo en el caso que se cita en la sentencia. Es decir, indemnizó el interés de cumplimiento del que iba a ser consejero delegado del Banco Santander sin explicar el porqué. De todos modos, tampoco podría haber condenado a abonar el salario anterior al no haber sido solicitado.

Finalmente, rebajó la indemnización del daño moral al considerar que el perjuicio sufrido por la trascendencia del asunto y la afectación a su situación no era valorable en 10 millones de euros sino en dos. Para ello, afirmó que la gravedad de la situación en la que se encontró el demandante no fue tan grave como él la describe, sino que la afección consistió en la publicación de noticias en prensa, la situación de desempleo o la alteración de la vida familiar[21]. Además, consideró que no era adecuada una indemnización de 10 millones de euros, puesto que recibió cuantiosas cantidades económicas por el incumplimiento[22].

VI. UNA CUESTIÓN PREVIA: EL NOMBRAMIENTO COMO CONSEJERO Y SU DESTITUCIÓN

En el caso reseñado observamos como el nombramiento del nuevo consejero no es realizado por la junta general de accionistas sino el Consejo de Administración.

Esta forma de realizar el nombramiento de los consejeros está prevista en la Ley de Sociedades de Capital — Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital — para cubrir los puestos vacantes del Consejo de Administración[23]. Especialmente relevante resulta para las sociedades cotizadas, puesto que no pueden ser nombrados consejeros suplentes[24]. Así, ante una vacante anticipada, son los miembros del Consejo de Administración los que deciden quién ocupa el puesto vacante y, posteriormente, lo someten a la aprobación de los accionistas en junta general de accionistas. Es, por tanto, una modalidad para cubrir los puestos vacantes y produce efectos desde que el nuevo consejero acepta el puesto[25]. Ello no impide que pueda ser sometido a plazo o condición el nombramiento, de tal manera que una vez transcurrido el plazo fijado o verificada la condición suspensiva el nombramiento sea eficaz, como ocurre en el caso comentado.

Por todo ello, no cabe entender como afirma el Banco Santander que no existe nombramiento alguno, puesto que el nombramiento por cooptación es tan válido y eficaz como el realizado por la junta general de accionistas y no impide que las consecuencias de este nombramiento se pongan de manifiesto una vez transcurrido el plazo fijado o verificada la condición suspensiva. Por tanto, estamos ante un nombramiento de consejero correctamente realizado.

La posterior aprobación por parte de la junta general de accionistas, no es una condición ni de validez ni de eficacia del nombramiento, puesto que la provisión de la vacante se produce antes de la aprobación. Es decir, se es consejero desde que se acepta el puesto y no desde que se produce la aprobación por la junta general de accionistas[26]. Es más, la votación sobre la persona del consejero constituye un nuevo nombramiento (VICENT CHULIÁ, 2022, 1248-1249), no una exigencia que dote de eficacia al nombramiento por cooptación.

Una de las cuestiones que no se trata en las sentencias y que resulta de gran relevancia es quién tiene la facultad de destituir al consejero en este caso. Podría pensarse que, al no haber todavía acuerdo de nombramiento por la junta general de accionistas, es el propio Consejo de Administración quien tiene dicha facultad. Sin embargo, nada se contiene en la legislación societaria acerca de la posibilidad del Consejo de Administración de dejar sin efecto el nombramiento por él realizado. Es más, la Ley de Sociedades de Capital establece que será la junta general de accionistas la que acordará el cese[27]. Esta facultad de la junta general de accionistas es un elemento esencial para la configuración de las sociedades de capital y se considera una cláusula de orden público (ALFARO ÁGUILA-REAL, 2018) (VICENT CHULIÁ, 2022, 1178).

Por tanto, el Consejo de Administración del Banco Santander ejercitó una facultad que no tenía atribuida — destituir consejeros —. Ello supone, por tanto, que no pueda dejarse sin efecto el nombramiento por parte del Consejo de Administración de la entidad, pues es facultad propia de la junta general de accionistas.

VII. UN (NO TAN CLARO) PRECEDENTE DEL CASO ORCEL

El caso Orcel es el segundo caso de nombramiento frustrado de Consejero Delegado de una gran entidad española que se ha juzgado en los últimos años.

El primero de ellos terminó su controversia mediante la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2021[28]. Se trata de un caso que en un principio parece compartir muchos elementos con el caso Orcel, por lo que la resolución debería ser similar. Sin embargo, encontramos que existen algunas diferencias que son convenientes resaltar con el fin de aplicar de manera incorrecta el criterio expresado por nuestro Alto Tribunal.

Así, en el caso resuelto por el Tribunal Supremo, se trata del nombramiento frustrado del consejero delegado en una filial de Fomento de Construcciones y Contratas. Esta sociedad contactó con un directivo de Holcin, una sociedad suiza, para proveer el puesto de consejero delegado de Cementos Portland Valderribas, una filial que controlaba. Sin embargo, antes de la reunión del Consejo de Administración de la filial — órgano competente para realizar el nombramiento — Cementos Portland Valderribas realizó una ampliación de capital. Por ello, se modi-

ficó la composición del órgano de administración y con la nueva composición no se alcanzaba la mayoría necesaria para realizar el nombramiento[29]. Esto provocó que la persona propuesta por Fomento de Construcciones y Contratas no ocupara el puesto de consejero delegado. Sin embargo, este ejecutivo ya había abandona su puesto en la empresa suiza, por lo que pasó a estar en situación de desempleo.

En este punto, nunca llegó a existir un nombramiento del consejero delegado, a diferencia de lo que ocurre en el caso Orcel, en el que el Consejo de Administración sí acordó el nombramiento.

Esta diferencia, que es fácil pasar por alto, tiene una implicación muy clara. En el caso resuelto por el Tribunal Supremo, la indemnización se calcula para proteger el interés de confianza del directivo con el nombramiento frustrado al considerarse que estamos ante una frustración de la expectativa de ser nombrado. Sin embargo, el Tribunal Supremo consideró en ese caso que estaba ante un precontrato para el solo faltaba colaborar para establecer el contrato definitivo, por lo que obliga a indemnizar como si no se hubiera celebrado nunca el contrato, en vez de otorgar una indemnización por el interés de cumplimiento[30].

En contraste, en el caso Orcel el nombramiento ya se había producido y solo faltaba el transcurso del plazo del *gardening leave*, por lo que hubo un verdadero desistimiento de contrato. Este desistimiento no es sino un supuesto de repudiación anticipada del contrato, de manera que el deudor manifiesta antes de que llegue el plazo fijado que no lo cumplirá[31].

VIII. LAS DIVERSAS PARTIDAS INDEMNIZATORIAS: UN BREVE COMENTARIO

1. Cláusulas de incorporación

Las dos primeras partidas indemnizatorias que están presentes en la sentencia son las relativas a las cláusulas de incorporación, concretamente, al bonus de incorporación de 17 millones de euros y la compensación por pérdida de la retribución diferida de UBS con el límite de 35 millones de euros. Estas dos partidas, aunque no quede claro en las sentencias, tienen, en principio, un carácter reintegrador de aquello que deja de obtener de la antigua entidad. Así, su finalidad sería favorecer la incorporación y dejar indemne al que iba a ser consejero delegado del Banco Santander por el abandono del puesto en UBS.

Esto se ve claramente respecto a la compensación por pérdida de la retribución diferida de UBS, en tanto que liquida lo que se deja de percibir por el cambio de entidad. En cambio, respecto al bono de incorporación parece que no lo es al ser una cantidad que se devenga por el simple hecho de cambiar de entidad y no parece guardar relación con elementos anteriores. Sin embargo, en las sentencias se indica que para su cálculo se tuvo en cuenta el menor salario a percibir en el Banco Santander, la pérdida de retribución variable por abandonar UBS y sufrir un régimen fiscal más gravoso por el cambio de entidad[32]. Por ello, entendemos que tiene una doble finalidad: liquidadora del interés de indemnidad e impulsora del cambio de entidad.

Por tanto, se trata de partidas que liquidan el perjuicio que él sufre por el cambio y pueden calificarse de liquidación del interés de indemnidad del nuevo administrador.

El bonus de incorporación es una cantidad que se devenga a favor del que iba a desempeñar el puesto de consejero delegado por la aceptación de esta posición en el Banco Santander y tiene una doble finalidad: favorecer el cambio de entidad financiera en la que se trabaja y garantizar que permanece en ella. Para ello, esta cantidad se otorga en el momento de aceptación del cargo y se reintegra si el Banco Central Europeo o la junta general de accionistas rechazan el nombramiento como consejero delegado o si él abandona la entidad, aunque solo en este caso la devolución es proporcional, aunque no sepamos respecto a qué.

Uno de los principales problemas que presenta la concesión de la indemnización de esta partida es la de si el daño es cierto. Dicho de otro modo, no procederá la indemnización si no puede probarse que el daño existe y para ello debemos tener en cuenta el hecho de que la junta general de accionistas tenía la facultad de rechazar el nombramiento del nuevo consejero delegado.

El Banco Santander cuestiona la validez de estas cláusulas al sostener que es la junta general de accionistas la que debe aprobarlas[33] en tanto que sobrepasaban la remuneración máxima autorizada por la junta general de accionistas (VICENT CHULIÁ, 2022, 1198). Sin embargo, es cuestionable hasta qué punto esto es compatible con el nombramiento por cooptación en tanto que existe una diferencia temporal entre la fecha del nombramiento y la junta general de accionistas. Dicho de otro modo, si para realizar el nombramiento por cooptación uno se encuentra con un límite tal que no permite negociar las condiciones, esta figura pierde su función.

De todos modos, esta posibilidad no es relevante para el caso, puesto que es el Consejo de Administración del Banco Santander el que impide que la junta general de accionistas acepte el nombramiento. Se trata, por tanto, de sujetar la devolución de la cantidad a una votación futura y cuyo resultado es desconocido de antemano. Por tanto, estamos ante un supuesto de obligación sujeta a condición, puesto que la devolución de la cantidad depende de un suceso futuro e incierto — la votación en la junta general de accionistas —. Es la dependencia respecto al suceso futuro e incierto el que dota claramente este supuesto del carácter condicional (CARRASCO PERERA, 2013a, 8158) (CLEMENTE MEORO, 2016a). No se conoce si este órgano hubiera aprobado el nombramiento del nuevo consejero delegado, sino que debía realizarse para poder conocer el resultado.

De este modo, debemos dar por ocurrida la aceptación de la junta general de accionistas[34]. De lo contrario, se beneficiaría la entidad financiera por haber incumplido el contrato y por impedir que se pueda verificar la condición.

La cláusula de compensación por la pérdida de los incentivos es la que mayor entidad económica presenta en el contrato al tener un alcance máximo de 35 millones de euros. Esto significa que, en caso de cumplimiento del contrato, el máximo que se indemnizaría sería de 35 millones de euros, independientemente de si la pérdida que sufre el directivo por el cambio de entidad fuera mayor.

La finalidad de la cláusula es doble: garantizar al directivo que no se verá perjudicado por el cambio de entidad hasta un máximo y crearle una vinculación con el Banco Santander — esto último según las sentencias —.

Respecto a la garantía de indemnidad se aprecia su carácter en el hecho de que se le abona lo que pierde de manera directa. Otra forma de garantizarlo sería fijar un coste de desistimiento tal que le permitiera recibir aquella parte de la que se ha visto privada por el cambio de entidad. Así, aunque fuera cesado, manten-

dría su estatus. Sin embargo, al no pactar ninguna cláusula por cese, sería gratuito realizarlo al ser un puesto del que, conforme la legislación societaria[35], puede haber cese en cualquier momento y sin alegar causa [36].

Como hemos mencionado, tanto el bonus de incorporación como la cláusula de liquidación de la situación anterior tienen finalidad liquidadora del interés de indemnidad del que iba a ser nuevo consejero delegado del Banco Santander[37]. Este tipo de daño se repara si la indemnización se calculara tanto por el interés de cumplimiento — como ocurre en las sentencias— como por el interés de confianza — supuesto de la STS de 23 de diciembre de 2021[38] —[39] (CARRASCO PERERA, 2022, Cap. 23, §23.).

En el caso de que se condenara a indemnizar por ruptura de tratos preliminares[40] — supuesto de *culpa in contrahendo* —, consideramos que esta cláusula sería de aplicación. No tiene sentido que, al negar la existencia del contrato por no haberse celebrado, se pierda una limitación de la responsabilidad que sí ha sido acordada y que no es cuestionada[41]. Dicho de otro modo, dado que acordaron un límite a la indemnización por el interés de indemnidad, entendemos que debe aplicarse, aunque se declare la inexistencia del contrato y se indemnice como si nunca se hubiera celebrado.

Uno de los aspectos más curiosos de la cláusula de compensación por la retribución diferida es su cálculo. Esto se debe a que indemniza la diferencia entre lo que se hubiera recibido de UBS y lo que finalmente se recibe. Así, es un problema de interpretación de esta cláusula determinar si los 35 millones de euros son el punto a partir del que se resta todo aquello que se recibe o si simplemente actúan como límite. De la redacción de las sentencias parece deducirse que es la segunda opción, de modo que debe analizarse cuál es la diferencia entre lo que se debía percibir y lo que se recibió y, en el caso de que sea superior a 35 millones de euros, entonces aplicar este límite. Esto significa que no son 35 millones de euros la cuantía a la que se le resta aquello que se recibe de UBS.

Esto se ve claramente con el ejemplo siguiente: si el nuevo consejero delegado recibe en febrero de 2019 2 millones de euros de UBS por una retribución diferida. Con la primera opción, el Banco Santander la abonaría 33 millones de euros — la diferencia entre 35 millones de euros y lo que recibe —. En cambio, con la segunda opción la cantidad que le queda por percibir de UBS es 53 millones de euros. En este punto, se aplica el límite pactado y el Banco Santander le abona 35 millones de euros.

Asimismo, esta partida se ve minorada por el incumplimiento del Banco Santander. Esto se debe a que UBS sigue abonando la retribución diferida al no existir un abandono de la entidad por una competidora. Así, durante el tiempo en el que el actor estuvo desempleado continuó recibiendo esta retribución que hubiera perdido de haberse cumplido el contrato.

2. Cobro del salario pese a no haber trabajado: motivos para su concesión como daño

Ambas sentencias reconocen el derecho a obtener una indemnización por el salario base dejado de percibir por el actor durante el tiempo en el que abandonó su antigua entidad y fue contratado en Italia para desarrollar su labor profesional. Es decir, se trata de conceder la cantidad que se hubiera obtenido de haber trabajado.

Sin embargo, respecto a este caso, se critica por parte de Carrasco Perera y López Cumbre la reparación de este daño al considerar que supone un enriquecimiento injusto del actor, puesto que no realiza ninguna actividad, podría haber trabajado en otra posición— lo que minoraría la cuantía indemnizatoria — o incluso que supone una patrimonialización de la contraprestación no debida al ser un contrato con desistimiento libre y que indemnizar por este concepto supondría transformar el salario en una cláusula de desistimiento (CARRASCO PERERA y LÓPEZ CUMBRE, 2023).

Sin embargo, consideramos que sí se debe abonar una indemnización por este concepto y por varios motivos.

En primer lugar, si la indemnización se orientara para la tutela del interés de confianza, sería indemnizable el lucro cesante de confianza (CARRASCO PERERA, 1989b, IV), (MORALES MORENO, 2010, 39), (GÓMEZ POMAR, 2022, 41) es decir, se concedería una cantidad que cubriera el coste de oportunidad que experimentó el contratante afectado por el incumplimiento. Claramente, en el caso Orcel, este coste es el salario que deja de recibir de UBS.

En este punto merece reseñar que la indemnización del interés de confianza suele verse limitada en su cuantía por aquella del interés de cumplimiento. Es decir, en principio, la cantidad a indemnizar conforme el interés de confianza no puede ser superior a aquella que procedería si se calculara la indemnización como si el contrato se hubiera cumplido (ASÚA GONZÁLEZ, 2013b, 8107) (CARRASCO PERERA, 1989c, V) (MANZANARES SECADES, 1984, 740). Esto tiene como finalidad asegurar que el contratante incumplidor no sea garante de un contrato perjudicial para el perjudicado por el incumplimiento ni situar a una de las partes en una posición mejor que en la que estaría de haberse cumplido el contrato.

Por tanto, tendría derecho a recibir una cantidad tal que le situara como si no hubiera abandonado UBS, es decir, el salario que recibía antes de confiar en el contrato con el Banco Santander y abandonar la entidad en la que trabajaba anteriormente. Sin embargo, al ser el salario en el Banco Santander menor que el que recibiría en UBS — independientemente de si se compara la retribución base o la global —, la indemnización sería aquella que correspondería al interés de cumplimiento. Dicho de otra forma, en principio tendría derecho a recibir el equivalente a dos años de salario del Banco Santander.

Esto se ve claramente si comparamos las cantidades que percibiría de cada entidad[42]:

Salario	UBS	Banco Santander
Fijo	4.000.000CHF (4.554.771,12€)	2.900.000€
Global	12.000.000CHF (13.664.313,40€)	10.000.000€

Aquí observamos como habría recibido más dinero de haber permanecido en UBS que de haber trabajado en el Banco Santander. Por ello, al entender que

la indemnización por el interés de confianza no puede superar la del interés de cumplimiento, se hace necesario reducir su cuantía en el caso de calcularla por el interés de confianza para que no sea así.

Si se calculara la indemnización conforme el interés de cumplimiento, el afectado por la no incorporación a la entidad financiera española tendría derecho a recibir una cantidad tal que le situara como si el contrato se hubiera cumplido. Aunque se trate de un contrato con posibilidad de desistimiento a voluntad por parte de la entidad financiera, consideramos que debe tomarse como horizonte temporal aquel que se fijó en el contrato al celebrarse. Así, debería abonarse la indemnización de tres años — duración del contrato — y no la de cinco años que aparece en el suplico, puesto que la fijación del salario para cinco años no significa que este sea el periodo de duración de dicho contrato. Consideramos que tomar tres años de referencia como periodo de cálculo es un criterio correcto puesto que era el plazo fijado para el nombramiento. Nos parece que negar la existencia de periodo por la simple posibilidad de desistimiento a voluntad carece de sentido puesto que no se realiza el nombramiento para cesarlo de inmediato.

Del mismo modo, tampoco entendemos los motivos por los que no se indemnizan las partidas relativas al plan de pensiones o de otros beneficios que se incluían en el contrato. Aunque no queda claro en las sentencias si estos conceptos formaban parte de la retribución fija o variable, consideramos que, de ser fija, sí resulta indemnizable y deben ser incluidos en la indemnización[43]. No se trata de cantidades menores, puesto que ambas partidas sumadas hacen un total de 1,75 millones de euros al año, por tanto, 3,5 millones de euros en total si tomamos como referencia temporal los dos años.

La parte variable de la retribución no resulta incluida en la indemnización. Aunque puede deberse a la inexistencia de pretensión sobre ella, consideramos que, de ser exigida, sí debe ser indemnizable, aunque con ciertas matizaciones.

En la doctrina española se destaca que no será indemnizable el interés de cumplimiento — que aquí incluiría el salario con la parte variable — cuando su existencia se encuentre sujeta a condición suspensiva al no poder conocerse si llegará a cumplirse la condición y, por tanto, a ser exigible (CARRASCO PERERA, 2013c, 8203). Sin embargo, consideramos que esta doctrina favorece la infracompensación al no indemnizar todo aquello que debería otorgarse en caso de haber existido cumplimiento.

No se trata, en nuestra opinión, de otorgar una indemnización por la totalidad de la cantidad sujeta a condición, puesto que se vulneraría la prohibición de supracompensación. Proponemos que se compense el valor que tenía la prestación sujeta a condición en el momento en el que se incumple[44]. De este modo, se calcula cuál es la probabilidad de que hubiera sucedido el evento al que está sujeta la verificación de la condición y se multiplica por el valor de la prestación que habría de otorgarse.

El ejemplo que se da con la regla enunciada en EEUU es el siguiente[45]: A ofrece 100.000$ de premio al dueño del caballo que gana la competición que organiza. B acepta participar en la competición y paga la cuota de participación, pero A le impide participar en la competición. B no puede probar que su caballo hubiera ganado la competición, pero sí que tenía una oportunidad de cuatro de hacerlo. De este modo, tiene derecho a una indemnización de 25.000$.

En el caso Orcel, si el directivo consigue probar cuál es la oportunidad de obtener la parte de retribución variable, esto sería lo que se tendría en cuenta para el cálculo de la cuantía indemnizatoria. Por ejemplo, si la probabilidad de obtener le resultado que da lugar a la retribución variable en el momento del incumplimiento era del 60%, tendría derecho a un 60% de dicha retribución.

Respecto a la patrimonialización de la contraprestación, pensamos que esta es correcta. Nuestro ordenamiento recoge la indemnizabilidad del lucro cesante contractual en los supuestos de incumplimiento[46]. Además, también establece que, para los casos de desistimiento del contrato de obra por parte del comitente, deberá indemnizarse al contratista el trabajo y la utilidad que pudiera obtener de ella[47]. De este modo, entendemos que sí procede conceder una indemnización por el beneficio que deja de obtener el consejero delegado con nombramiento frustrado. Ahora bien, del cálculo de la indemnización deben restarse aquellos costes en los que no se incurre al no tener que realizar la prestación — *compensatio lucri cum damno* —. En este caso, estos gastos que no se manifiestan al no realizar la prestación son nulos o de cuantía tan reducida que no merece la pena reseñarlos. Asimismo, no aparecen mencionados en ninguna de las sentencias ni son aportados por las partes en el juicio. Esto implica que no se sustraigan de la indemnización al no poder tener en cuenta el juzgador elementos que no sean aportados por las partes[48].

Por último, consideramos que tampoco procede disminuir la cuantía indemnizatoria por no haber celebrado un contrato de reemplazo. El deber de mitigar el daño es recogido por parte de nuestra doctrina (CARRASCO PERERA, 2022 Cap. 24, §§26-31) (DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, 2016, 218) (GÓMEZ POMAR, 2007, 23) y en los nuevos textos sobre derecho de contratos[49]. En este supuesto, la mejor manera de mitigar las consecuencias del daño es la celebración de un negocio de reemplazo al permitir al que iba a ser consejero delegado recibir una remuneración que le permita obtener los ingresos que hubiera tenido de no haberse incumplido el contrato[50]. Sin embargo, este deber de mitigar no es absoluto, sino que encuentra límites.

Un ejemplo de ello lo encontramos en el caso *Parker v. 20th Century Fox, Inc.*[51], decidido por la Corte Suprema de California.

Shirley Maclaine Parker era una actriz estadounidense a la que la productora 20th Century Fox contrató para filmar como protagonista el musical «*Bloomer Girl*». Por ello, le iba a abonar semanalmente como mínimo 53.571,42$ y el período previsto de grabación era de catorce semanas, lo que hacía una cantidad de 750.000$. Antes de empezar a filmar, la productora decidió que ya no iba a realizar esta película, pero le ofreció a la actriz un papel de protagonista en el western «Big Country, Big Man», con la misma remuneración, pero se grabaría en Australia y no en California.

Ella rechazó esta oferta y demandó a la compañía por la remuneración pactada. La productora sostuvo que la actriz no había mitigado el daño y, por tanto, no tenía derecho a cantidad alguna.

La Corte sostiene que la norma general obliga a mitigar el daño y en este caso sería mediante la aceptación de otro papel. Sin embargo, debido a la diferencia entre ambas películas el hecho de rechazar la segunda no supuso ninguna vulneración de la norma de mitigación, puesto que se trataba de un papel inferior y

diferente. Por ello, la actriz no hubiera podido mostrar sus dotes como cantante y bailarina, sino solo como actriz. Por todo lo anterior se estima la demanda de la actriz.

Aunque el caso de la actriz y el comentado aquí no sean idénticos ni por razón del puesto ofrecido y luego retirado ni por la inexistencia de ofrecimiento de un segundo puesto para el que iba a ser consejero delegado de la entidad financiera española consideramos que sirve de orientación la valoración que se da respecto al deber de mitigación del daño.

Por un lado, el mercado de altos directivos de entidades financieras no es un mercado en el que se opere con prestaciones fungibles o equivalentes entre sí. Esto se debe a que no todas las entidades tienen las mismas características — banca de inversión, banca comercial o banca industrial — ni el mismo alcance — entidades globales, nacionales o regionales —. Así, estamos ante prestaciones únicas para las que no existe un reemplazo adecuado. Esto ya limita la posibilidad de realizar el reemplazo al no existir un mercado en el que realizarlo[52].

Por otro lado, debido a las características que describimos de las entidades financieras, la realización del reemplazo debería ser mediante un puesto diferente. Esto supone que no pueda realizarse el reemplazo de manera adecuada, al no existir un equivalente.

Del caso expuesto observamos, aunque no se aprecia claramente, que la realización de la mitigación no implica renunciar o sacrificar una posición. Esto se reconoce en el hecho de que, de haber aceptado el nuevo puesto como actriz, ella no podría haber reclamado una indemnización por los daños en su figura artística o en la reputación que de ella se tiene, puesto que no podría probar la valoración que se tendría de ella como actriz (GERGEN, 2009, 1403-1404). Dicho de otro modo, la celebración del reemplazo impediría probar cuál es la diferencia entre su consideración como actriz de musicales o de westerns. Esto supondría sacrificar la indemnización de esta partida a cambio de mitigar el daño por la no realización de la película original.

Estas consideraciones también son de aplicación al caso Orcel. Si el directivo recibe la remuneración pactada como consejero delegado del Banco Santander ve compensada la pérdida de oportunidad de mostrar sus dotes como directivo de una entidad financiera global. En cambio, si se le obliga a realizar el reemplazo no puede probar cuál es la diferencia entre su consideración como directivo de una entidad financiera global y el puesto que hubiera aceptado.

Todo esto no significa que no pueda realizar un reemplazo, como sí lo hace al trabajar para Unicredit. Simplemente supone que no está obligado a mitigar el daño de manera absoluta, puesto que le puede suponer una pérdida de imagen. Además, esto implica que el periodo de referencia para el cálculo indemnizatorio se reduzca al tiempo que transcurre entre que debiera haber comenzado a cobrar del Banco Santander hasta que lo hace de Unicredit, por lo que ya no serán los tres años del contrato la referencia sino solamente los dos que transcurren.

Si consideramos que no hay reemplazo celebrado, el periodo de cálculo sí sería de tres años, por lo que no entendemos la oposición de la entidad financiera a que se admita la modificación del suplico, puesto que le permite reducir la cuantía indemnizatoria.

3. Breve análisis sobre la trascendencia (o no) de la calificación del daño patrimonial para su indemnización

Para las partidas relativas al daño patrimonial sufrido — incorporación, compensación por retribución diferida y salario — no se cuestiona la naturaleza de la pérdida. Así, no se distingue si estamos ante supuestos de lucro cesante o daño emergente, sino que lo único que se analiza es si procede otorgar la indemnización por ese concepto.

En el esquema tradicional, los diferentes daños patrimoniales deben calificarse según sean lucro cesante o daño emergente. Esta distinción tiene una gran importancia práctica, puesto que el Tribunal Supremo mantiene que la prueba del lucro cesante tiene un régimen distinto al considerarse que es un daño futuro y de mayor incerteza en cuanto a su existencia.

Ejemplo de ello es la sentencia de 21 de abril de 2008[53], en la que la Sala Primera del Tribunal Supremo resume su doctrina y afirma que

[e]n cuanto a los conceptos que se reclaman por lucro cesante, esta Sala tiene declarado que el quantum [cuantía] de la indemnización por lucro cesante, cuando éste se refiere a beneficios futuros, debe obtenerse mediante apreciaciones prospectivas[…], fundadas en criterios objetivos de experiencia, entre los que pueden servir los que operan en el mundo económico, contable, actuarial, asistencial o financiero según las disciplinas técnicas o científicas correspondientes, de acuerdo con el examen y la ponderación de las circunstancias de cada asunto; pero la existencia del perjuicio por este concepto debe ser probada con una razonable verosimilitud, cosa que no ocurre cuando la ganancia o beneficio futuro se presenta como meramente posible o hipotético, existen dudas sobre su producción o no se aprecia su existencia en el marco de una lógica presunción sobre cómo habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso […].

Otro ejemplo de la distinción clásica entre diferentes tipos de daño patrimonial se encuentra en la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2009[54]. En ella, se califican ciertos gastos como daño emergente —notaría e impuestos abonados— y el beneficio que no se ha obtenido por no poder explotar la estación de servicio que se iba a construir como lucro cesante.

En cambio, en el caso Orcel, se rompe con la clasificación tradicional del daño entre lucro cesante y daño emergente — conceptos indemnizables según el Código Civil[55]—. Es decir, no es necesario calificar un daño como daño emergente o como lucro cesante para que sea indemnizable, sino que lo relevante es que quede acreditado y fuera imputable objetivamente al deudor (ASÚA GONZÁLEZ, 2013b, 8103-8104). Por ello, desde este punto de vista resulta estéril discutir sobre si el daño es de un tipo o de otro, porque siempre que quede probado y se pueda imputar objetivamente al deudor, resultará indemnizable.

Tal es así, que el Tribunal Supremo declaró en la sentencia de 23 de diciembre de 2021[56] que

[t]anto si se considera como un daño emergente (ruptura consumada del vínculo contractual), como si se entiende como un lucro cesante (pérdida de los ingresos futuros en función de los obtenidos por esa relación en el pasado), lo cierto es que se ha producido un claro quebranto patrimonial, y el principio de indemnidad ínte-

gra del perjudicado obliga a no excluir este daño de las bases para fijar el quantum indemnizatorio.

Es decir, que para el Tribunal Supremo, más recientemente, lo relevante no es la calificación del daño como daño emergente o lucro cesante, sino que exista tal daño independientemente del nombre que se le otorgue.

Todo esto supone que el sistema tradicional de calificación del daño como lucro cesante o daño emergente se vea cuestionado, puesto que no es necesario ubicar cada partida indemnizatoria en una de estas categorías. El sistema de indemnización de daños contractuales se transforma en un sistema de reparación integral de todo el daño sufrido por el acreedor sujeto a dos condiciones. La primera de ellas es que el acreedor pueda acreditar la pérdida sufrida y la segunda, que dicho daño resulte objetivamente imputable al deudor. Esto implica que la distinción entre daño emergente y lucro cesante pierda su importancia (ZIMMERMANN, 2018, 1459-1460) y sean otros criterios —imputación objetiva—los que prevalezcan en cuanto a la determinación de la indemnización.

4. Daño moral

La indemnización del daño moral en este caso la basa el juzgador en dos factores: el sufrimiento psicológico del que iba a ser consejero delegado del Banco Santander y su pérdida de reputación. No se detalla en las sentencias qué parte del daño moral pertenece a cada uno de estos conceptos ni cuáles son las bases que sirven para la cuantificación.

En nuestra opinión, no procede otorgar esta indemnización concedida puesto que no concurren los elementos necesarios para ello.

Respecto al sufrimiento psicológico por no tener el puesto de trabajo prometido — que no negamos que exista — entendemos que es un daño asignado al repartir el riesgo contractual al que iba a desempeñar la función. Esto se aprecia en el hecho de ser un contrato con libre desistimiento, por lo que él asumía que podía verse en la situación de desempleo

La pérdida de imagen sería la segunda parte del daño moral que sufre el actor. Sin embargo, consideramos que esta partida tampoco resulta indemnizable conforme a la explicación que hemos dado sobre la excepción a la regla de la mitigación para un supuesto como este.

Así, si no resulta debido realizar el reemplazo para evitar la infracompensación del daño a la imagen del contratante defraudado, la concesión de un perjuicio por el daño moral no es procedente. Dicho de otro modo, si se le evita el deber de mitigar para que vea su compensación integral garantizada ya se le repara así su daño moral — psicológico o de imagen —. No es procedente, por tanto, conceder un tanto por un supuesto perjuicio que ya se repara.

En este punto, sin embargo, no negamos que la pérdida de la reputación que experimenta el actor no sea indemnizable. Lo único que mencionamos es que ya se ve satisfecha mediante la indemnización por el salario dejado de obtener y la excusa del deber de mitigar. De hecho, consideramos que sí es procedente que la pérdida de reputación sea compensada adecuadamente, aunque sea altamente complejo realizarlo[57].

Uno de los problemas que plantea esta indemnización es el relativo a qué es lo que realmente se compensa. Así, observamos que pueden ser dos los conceptos indemnizatorios y que coinciden en gran manera. Por un lado, se encuentra la pérdida de imagen en sí misma considerada y, por otro lado, las consecuencias económicas de ello como menores ingresos futuros (DJORDJEVI; , 2018, §§84-85.). De este modo, se hace necesario diferenciarlos adecuadamente para evitar la sobrecompensación del deudor defraudado.

Un ejemplo de esto lo encontramos en la sentencia del *Landesgericht* de Darmstadt de 9 de mayo de 2000[58].

En este caso, la vendedora alemana fabricaba productos electrónicos y la compradora suiza los adquiría en su condición de mayoristas. Ambas tenían una relación de cooperación a largo plazo, de modo que el vendedor se comprometía a suministrar productos a precio competitivo, el margen que esperaba el comprador era del 12% y confiaba lo suficiente como para realizar inversiones en publicidad.

Concretamente, se juzga la entrega de 8000 reproductores de vídeo defectuosos. El comprador había reducido el precio a pagar y alega que sufre daños adicionales consistentes en un menor beneficio de la reventa al tener que bajar el precio, pérdida de utilidad de la inversión en publicidad y una menor reputación que cifra en al menos 500.000 CHF[59]. Se trata de un caso sujeto a la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

El Tribunal considera que no queda acreditada la pérdida por la inversión en publicidad. Además, sostiene que el comprador no ha demostrado cuál es su pérdida de beneficios y que no es suficiente la alegación de haber esperado unos márgenes de beneficio. En cuanto a la pérdida de reputación, el Tribunal afirma que no es posible obtener una indemnización por la pérdida de beneficios que le ocasiona el incumplimiento y simultáneamente sostener que se sufre una pérdida de imagen que reduce las ventas puesto que habría una sobrecompensación. De todos modos, considera que no está suficientemente acreditada la pérdida por lo que tampoco otorga indemnización por ello.

Así, entendemos que deben separarse claramente las partidas relativas a la pérdida de imagen o reputación. De este modo, es procedente indemnizar la pérdida de imagen en cuanto a menor beneficio futuro, pero debe evitarse que esto quede incluido en un concepto amplio de daño moral. Como hemos explicado, entendemos que no procede obligar a mitigar el daño mediante la celebración de un negocio de reemplazo para poder indemnizar adecuadamente. Pero una vez hecho esto, no procede otorgar una indemnización por un daño que ya se ha visto compensado.

IX. CONCLUSIONES

I. El caso Orcel ofrece una perspectiva sobre diferentes problemas del nombramiento de un nuevo consejero delegado como quién es competente o qué consecuencias tiene desistir.

II. Este nombramiento puede ser efectuado por el Consejo de Administración mediante el sistema de cooptación, conforme la ley societaria.

III. Una vez se ha efectuado el nombramiento, el único órgano competente para dejarlo sin efecto es la junta general de la sociedad, aunque no se cuestione este aspecto en el caso.
IV. El incumplimiento del contrato implica el deber de indemnizar los daños que se deriven y no es necesario que se califiquen en daño emergente o lucro cesante para que sean indemnizables.
V. El caso Orcel es un ejemplo acerca de la relevancia de la acreditación del daño patrimonial y la superación de la calificación del daño patrimonial como de un tipo u otro.
VI. Las sentencias del caso Orcel muestran la posibilidad de compensar daños futuros y la importancia de hacerlo para evitar incurrir en supuestos de infracompensación.
VII. Aunque no se mencione en las sentencias, el caso Orcel ejemplifica que existen supuestos en los que se exonera al acreedor del deber de mitigar el daño para evitar que pérdidas que no se vean adecuadamente reparadas. Todo ello, pese al reisgo de que la cuantía total del daño pueda ser mayor.
VIII. A través del caso se observa la importancia de distinguir las diferentes partidas de la indemnización para evitar la duplicidad en la compensación y, por tanto, un enriquecimiento del contratante afectado por el incumplimiento.

ÍNDICE DE SENTENCIAS

- SJPI (46), Madrid, de 9 de diciembre de 2021 (ECLI:ES:JPI:2021:1719).
- SAP (25), Madrid, de 20 de enero de 2023 (ECLI:ES:APM:2023:32).
- STS de 21 de abril de 2008, (ECLI:ES:TS:2008:4757).
- STS de 5 de mayo de 2009, (ECLI:ES:TS:2009:2386).
- STS de 23 de diciembre de 2021, (ECLI:ES:TS:2021:4948).
- Sentencia de la Corte Suprema de California de 30 de septiembre de 1970, (3 Cal. 3d 176, 89 Cal. Rptr. 737, 474 P.2d 689).
- Sentencia del Landesgericht, Darmstadt, de 9 de mayo de 2000 (ECLI:DE:LGDARMS:2000:0509.10O72.00.0A.).

BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (12 de abril de 2018). Almacén de Derecho. Junio de 2023. Disponible en: https://almacendederecho.org/la-separacion-los-administradores-sociales

ASÚA GONZÁLEZ, C. (2013a). Artículo 1102. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil. Tomo VI (Arts. 1043 a 1264)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 8072-8078.

ASÚA GONZÁLEZ, C. (2013b). Artículo 1106. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil. Tomo VI (Arts. 1043 a 1264)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 8103-8117.

CARRASCO PERERA, Á. (1989a). Artículo 1101. En M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart (coords.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. (Vol. XV). Madrid: Edersa, Versión electrónica.

CARRASCO PERERA, Á. (1989b). Artículo 1106. En M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart (coords.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. (Vol. XV). Madrid: Edersa, Versión electrónica.

CARRASCO PERERA, Á. (1989c). Artículo 1107. En M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart (coords.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. (Vol. XV). Madrid: Edersa, Versión electrónica.

CARRASCO PERERA, Á. (2013a). Artículo 1113. En R. Bercovitz Rodríguez Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil. Tomo VI (Arts. 1043 a 1264)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 8158-8165.

CARRASCO PERERA, Á. (2013b). Artículo 1119. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil. Tomo VI (Arts. 1043 a 1264)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 8190-8194.

CARRASCO PERERA, Á. (2013c). Artículo 1121. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil. Tomo VI (Arts. 1043 a 1264)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 8201-8207.

CARRASCO PERERA, Á. (2022). *Derecho de contratos* (3ª ed.). Cizur Menor: Aranzadi.

CARRASCO PERERA, Á. y LÓPEZ CRUMBRE, L. (2023). Desistimiento societario de precontrato de consejero ejecutivo (Orcel vs. Banco Santander). *Diario la Ley,*(10287), Versión electrónica.

CISG-AG. (2006). *Opinion No. 6. Calculation of Damages under CISG Article 74*, Versión electrónica.

CLEMENTE MEORO, M. (2016a). Artículo 1113. En A. Cañizares Laso, P. de Pablo Conteras, J. Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández, *Código Civil Comentdo. Volumen III. Libro IV – De las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (arts. 1088 a 1444)* (2ª ed.). Cizur Menor: Aranzadi, Versión electrónica.

CLEMENTE MEORO, M. (2016b). Artículo 1119. En A. Cañizares Laso, P. de Pablo Conteras, J. Orduña Moreno, & R. Valpuesta Fernández, *Código Civil Comentado. Volumen III. Libro IV – De las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (arts. 1088 a 1444)* (2ª ed.). Cizur Menor: Aranzadi, Versión electrónica.

DE BARRÓN, Í., (17 de julio de 2019). El pulso judicial entre Orcel y el Santander: muchas incógnitas y 110 millones en juego, *El País*, Disponible en: https://elpais.com/economia/2019/07/16/actualidad/1563305055_945992.html

DÍEZ GARCÍA, H. (2022). Compromiso de nombramiento frustrado de consejero delegado en una sociedad filial. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, (120), 109-140.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. (2016). Artículo 1101. En A. Cañizares Laso, P. de Pablo Conteras, J. Orduña Moreno, & R. Valpuesta Fernández, *Código Civil Comentado. Volumen III. Libro IV – De las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (arts. 1088 a 1444)* (2ª ed.). Cizur Menor: Aranzadi, Versión electrónica.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Pa-*

trimonial. Tomo 2. Las relaciones obligatorias (6ª ed.). Cizur Menor: Aranzadi, Versión electrónica.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2016). *Sistema de Derecho Civil. El contrato en general. La relación obligatoria* (11ª ed., Vol. 2. Tomo 1). Madrid: Tecnos.

DJORDJEVI; , M. (2018). CISG Art. 74. En S. Kröol, L. Mistelis, y M.P. Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG)* (2ª ed.). Alemania: Nomos Verlag, Versión electrónica.

ESTRUCH ESTRUCH, J. (2016). Artículo 1594. En A. Cañizares Laso, P. de Pablo Conteras, J. Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández, *Código Civil Comentado. Volumen IV. Libro IV – De las obligaciones y contratos. Contratos en particular, Derecho de daños y prescripción (Arts. 1445 al final)* (2ª ed.). Cizur Menor: Aranzadi, Versión electrónica.

GERGEN, M. (2009). A theory of self-help remedies in contract. *Boston University Law Review, 89*, 1397-1449.

GÓMEZ POMAR, F. (2002). *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización.* Madrid: Civitas.

GÓMEZ POMAR, F. (2007). El incumplimiento contractual en Derecho español. *InDret*(3), 23, disponible en: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/466_es.pdf.

MANZANARES SECADES, A. (1984). La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares. *Anuario de Derecho Civil, 37*(3), 687-748.

MONTERO AROCA, J. (2019). El objeto del proceso de declaración. En J. Montero Aroca, J. Gómez Colomer, S. Barona Vilar, y M.P. Calderón Cuadrado, *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 149-172.

MORALES MORENO, A.M. (2010). *Incumplimiento del contrato y lucro cesante.* Cizur Menor: Civitas.

VICENT CHULIÁ, F. (2022). *Introducción al Derecho Mercantil.* Valencia: Tirant lo Blanch.

ZIMMERMANN, R. (2018). Particular remedies for non-performance. En N. Jansen y R. Zimmermann (eds.), *Commentaries on European Contract Laws.* Oxford: Oxford University Press, 1185-1556.

NOTAS

[1] En el desarrollo del artículo, se ha prescindido de los nombres de las diversas personas que intervienen y se menciona qué posición ocupan.

[2] Hecho relevante con número de registro 269894. Se puede consultar en: https://www.cnmv.es/portal/HR/verDoc.axd?t={6d4846ec-2e98-4115-a13e-ee30112bbdc8}.

[3] Banco Santander y Banco Santander España, aunque comparten nombre, no son la misma entidad. Así, Banco Santander España es una filial del Banco Santander y opera en España. En cambio, Banco Santander es la matriz de todos los negocios de la entidad a nivel mundial.

[4] Nota de prensa del Banco Santander de 15 de enero de 2019. Disponible en: https://www.santander.com/es/sala-de-comunicacion/notas-de-prensa/el-consejo-de-banco-santander-acuerda-no-continuar-con-el-nombramiento-de-andrea-orcel-como-consejero-delegado-del-grupo

[5] Hecho relevante con número de registro 269894. Se puede consultar en: https://www.cnmv.es/portal/HR/verDoc.axd?t={6d4846ec-2e98-4115-a13e-ee30112bbdc8}.

[6] No consta en las sentencias cómo se recibía la retribución variable en UBS. Sin embargo, entendemos que se iba abonando según el cumplimiento de unos objetivos en un tiempo determinado. La cuestión aquí es si recibió en el periodo de *gardening* leave la parte que le correspondería haber cobrado de no haber abandonado UBS.

[7] Esta cláusula la fijaron pese a conocer que el Banco Central Europeo, aunque de manera informal, no se oponía a la contratación del nuevo consejero delegado del Banco Santander.

[8] Sin embargo, en la sentencia se menciona que el vídeo se grabó el 2 de noviembre de 2021.

[9] Hecho relevante con número de registro 273824. Se puede consultar en: https://www.cnmv.es/portal/HR/verDoc.axd?t={9616d619-c56d-42b6-9ca6-b2127e8f2ced}

[10] En nuestra opinión, la alteración de la *causa petendi* se produce en el hecho de fundamentar la pretensión exclusivamente en el incumplimiento contractual. Por tanto, condenar por un hecho distinto como es la *culpa in contrahendo* por ruptura injustificada de negociaciones, supondría indefensión al Banco Santander. Aunque la fundamentación jurídica no integre la pretensión de manera general, sí sirve para identificar el objeto del proceso, por lo que condenar por un hecho tan diferente sí supone una alteración del objeto. Por tanto, estaríamos ante un supuesto de incongruencia de la sentencia (MONTERO AROCA, 2019, 156).

[11] Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 46 de Madrid de 9 de diciembre de 2021 (ECLI:ES:JPI:2021:1719).

[12] *Pues bien, con arreglo a tales preceptos, es evidente que el documento no 19 de la demanda, de fecha 24 de septiembre de 2018, constituye un contrato válido y perfecto, puesto que en él se contienen oferta de una parte, aceptación de otra, con el consiguiente consentimiento de ambas sobre un objeto, según el documento "la gestión directa del negocio" a cambio de una retribución, y una causa, entendida ésta como la finalidad directa e inmediata que persiguen ambas partes con su celebración, en el caso concreto de colaboración de un profesional de la banca y de una entidad bancaria.*

[13] *Pero lo cierto es que no se ha acreditado "cambio en la situación en la que se emitió y aprobó la Carta-Oferta". Prueba de ello es que en el apartado "Asunción de incentivos a largo plazo", en su párrafo primero, ya se preveía que su empresa actual no le abonase totalmente la cantidad que le correspondiera por ese concepto, sin perjuicio de hacer constar que el Sr. Jose Augusto haría "todo lo posible" para que así fuera. Incluso, puede entenderse que el B.S. era consciente de la posibilidad de que UBS no le pagara nada […].*

[14] En este punto nos preguntamos qué elementos son los tenidos en cuenta por el juzgador, puesto que se trata de un cambio de gran consideración en la sentencia. El art. 214 LEC prohíbe la variación del fallo excepto en lo relativo a la corrección de errores de hecho, por lo que pensamos que estamos ante uno de ellos.

[15] Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25ª) de 20 de enero de 2023 (ECLI:ES:APM:2023:32).

[16] *En función de esa doble finalidad se distinguen dos tipos circunstancias: 1. Condiciones necesarias para la efectividad del negocio (aprobación por el Consejo de Administración, evaluación de idoneidad del BCE); 2. Plazo de inicio (a partir de finalizar la situación de gardening leave con UBS el día 31 de marzo de 2019).*

Lo anterior supone que una vez cumplidas las dos condiciones necesarias para la efectividad (condiciones causales), BANCO DE SANTANDER estaba obligado a mantener la vigencia del contrato hasta el momento de cumplirse el plazo para el inicio de la actividad comprometida. Si a partir de ese día 31 de marzo de 2019 era necesario formalizar un nuevo contrato donde se hiciese una mayor pormenorización de la relación contractual, es algo que no se dice expresamente, pues en él sólo hay una referencia al "Contrato de Trabajo", de manera muy tangencial y destinada a tratar la resolución unilateral, pero que necesariamente debería ocurrir, pues el contrato de 24 de septiembre define unas bases que precisan ser desarrolladas para definir el modo y tiempo de cumplimiento de las prestaciones a partir del momento en el que, se produzca la "contratación", expresión empleada en el documento estudiado para referirse a la situación que se suscitaría tras la resolución del contrato del Sr. Higinio y UBS.

La imposibilidad de hacer efectivo el nombramiento de Consejero Delegado de manera inmediata por la vinculación contractual del Sr. Higinio con UBS hasta el día 31 de marzo de 2019, forzó a dotar a los pactos de 24 de septiembre de naturaleza precontractual en el sentido explicado por el Tribunal Supremo en su Sentencia 60/2008, donde diferencia el precontrato del pacto de contrahendo.

[17] *De ese modo, no se trata de un acto de negociación, ni de tratos preliminares o pacto de contrahendo, sino, como describe la Sentencia de anterior referencia citando su propia Jurisprudencia: "el precontrato supone el final de los tratos preliminares y no una fase de ellos", y, por tanto, concluye como un contrato nacido con voluntad de ser plenamente exigible. Que se formule como una oferta aprobada por el Consejo de Administración de BANCO DE SANTANDER el día 25 de septiembre de 2018 no es más que expresión de la voluntad contractual de esa parte en el negocio jurídico, de modo que en el momento de ser aceptados por la otra parte los términos aprobados, se produce el efecto vinculante propio para ambos del artículo 1.091 CC, imponiendo a las partes la obligación de colaborar para establecer el contrato definitivo.*

[18] *Por otro lado, resulta llamativo observar que, según consta en el acta de reunión del Consejo de Administración de BANCO DE SANTANDER del día 25 de septiembre de 2018, se explicó que entre las ofertas económicas realizadas al Sr. Higinio estaba la compensación en acciones Santander como una retribución propia del Banco "con el objetivo de aumentar la alineación de los intereses del Sr. Higinio con los del Banco y sus accionistas, se han aplicado algunas adaptaciones respecto de lo que establece el citado procedimiento corporativo de buy-outs: la entrega de acciones quedará condicionada no sólo a las cláusulas malus y clawback, sino también al cumplimiento de los objetivos correspondientes a las métricas de largo plazo de los incentivos anuales del Banco que se hayan medido con anterioridad a la fecha prevista para la entrega de acciones. ", de tal manera que, según se desprende de la redacción dada, al margen de la indemnización por buy-out no satisfecho por UBS, BANCO DE SANTANDER ofreció emplear el mismo sistema de incentivos a partir del momento en que se hubiese firmado el contrato de servicios. Eso es lo que parece deducirse de los tres últimos párrafos de la cláusula del precontrato titulada "Asunción de incentivos a largo plazo" cuando regula ese tipo de retribuciones a partir de la contratación. De ello se desprende que en esa cláusula se contienen dos tipos de conceptos económicos: por un lado, la indemnización al Sr. Higinio por la pérdida total o parcial de los buy-out de UBS como consecuencia de la resolución del contrato con esa entidad e ingreso en BANCO DE SANTANDER; por otro lado, la retribución buy-out que BANCO DE SANTANDER se obligaba a entregar como incentivo en el marco del desarrollo de su relación contractual de servicios proyectada.*

Lo expuesto perfila aún mejor la finalidad y el sentido de la indemnización por la retribución perdida como consecuencia del negocio concertado por BANCO DE SANTANDER con el Sr. Higinio, quien de ese modo ve reconocido por el propio Banco la existencia de un perjuicio,

atribuyéndole un derecho subjetivo para su reparación, fácilmente incardinable en la Doctrina del Tribunal Supremo a la que seguidamente nos vamos a referir.

[19] STS de 23 de diciembre de 2021, ECLI:ES:TS:2021:4948

Comentario de esta sentencia en (DÍEZ GARCIA, 2022).

[20] Este dato lo extraemos de la sentencia. En nuestra opinión, no está claro que sea así. De hecho, el tipo de cambio recogido en la sentencia de apelación es 1€=0,87832€. Sin embargo, en ella se calcula con el tipo inverso — 1CHF=0,87832€ —, de modo que los 4.000.000 CHF se convierten en 3.512.800€.

[21] *La concreción respecto ese tipo de daños lo centra en cómo pueda interpretarse en el mercado financiero el hecho de hacerse pública su contratación por BANCO DE SANTANDER, resolviéndola luego a los tres meses sin causa alguna. Ese daño en la reputación puede presumirse porque objetivamente se produce de modo impactante y de forma tan anómala que posibilita generar dudas sobre la cualificación del afectado, precisando para aclararlo, y a efectos de su comprensión por terceros, gestiones explicativas y tiempo para ser evaluada, asimilada y comprendida, de tal manera que durante ese espacio temporal es fácil entender el estado de inquietud que deba soportar el agraviado.*

A lo anterior se une la afectación personal que ha de producir la situación de paro, a la que el Sr. Higinio hace referencia aludiendo a daños psicológicos. Éstos también son presumibles, sobre todo considerando el elevado grado de frustración ocasionado por la renuncia a un buen puesto de trabajo para aceptar otro, que luego se resuelve y termina en paro durante dos años.

De lo argumentado en los párrafos anteriores resulta, de acuerdo con los criterios del Tribunal Supremo para reconocer el derecho a indemnizar por el tipo de perjuicio tratado, que concurre en el caso un daño moral resarcible.

[22] *La parte actora cifra el perjuicio en 10.000.000€ por "la transcendencia mediática del caso Higinio, la relevancia del trabajo desarrollado por éste durante más de 30 años y lo reprobable del proceder de BS, que se aprovecha de su situación de poder en el mercado para inundarlo de explicaciones falsas en relación con el "despido" ". En realidad, es una explicación puramente subjetiva y aleatoria que no consideramos suficiente para fundamentar un importe tan elevado, y menos teniendo en cuenta las cuantiosas compensaciones económicas que va a recibir como consecuencia de la resolución injustificada del precontrato. Es más, los argumentos reproducidos no estarían dirigidos a resarcir el daño moral propiamente dicho, de acuerdo con las afecciones personales y profesionales antes explicadas.*

A efectos de hacer una adecuada ponderación ajustada al caso, debemos situarnos en un espacio de análisis donde los intereses económicos, retribuciones, riesgos, responsabilidades, gastos, nivel de vida y afecciones personales de los contendientes fluyen en una escala propia, muy diferente a la de otras relaciones jurídicas comunes.

En función de lo expuesto, consideramos más proporcionado fijar la indemnización en la cantidad de 2.000.000€. Para ello tenemos en cuenta que, fuera del perjuicio presumible, no se ha evidenciado algo más tangible que permita apreciar una gravedad especial en la situación personal o profesional del Sr. Higinio (noticias en medios de comunicación con críticas hacia él o cuestionando su capacidad, tratamientos psicológicos, alteraciones graves de su vida familiar). En esa cuantificación también tenemos en cuenta que la situación de paro se extendió durante un periodo relativamente largo de tiempo, aunque tuvo cierta compensación mientras recibió las retribuciones diferidas de UBS.

[23] Arts. 244 y 529 decies LSC.

[24] Art. 529 decies LSC.

[25] Art. 214.3 LSC.

[26] Art. 214.3 LSC.

[27] Arts. 160.b) y 223.1 LSC.

[28] ECLI:ES:TS:2021:4948.

[29] Además, este caso presenta un problema de legitimación pasiva relativo a si la entidad responsable es la matriz o la filial, puesto que la oferta la realiza la matriz, aunque el puesto es en la filial. Esta cuestión no se plantea en el Caso Orcel.

[30] Resulta curioso en este punto que el Tribunal Supremo sostenga que estamos ante un contrato con todos los elementos y que solo falta colaborar para que entre en vigor y que a la vez indemnice como si tal contrato no existiera.

[31] Aunque en el Código Civil esta figura no aparece recogida, sí la encontramos identificada en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. De este modo, se reconoce al acreedor la posibilidad de dar por resuelto el contrato *si la otra parte hubiere declarado que no cumplirá sus obligaciones* (art. 72.3).

En la doctrina española: (DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2008, Cap. XII, 4), (CARRASCO PERERA, 2022, Cap. 18, §9)

En Estados Unidos, en cambio, se reconoce el derecho del deudor a repudiar el contrato (§250 *Second Restatement*), es decir, manifestar que no lo cumplirá y poner fin así a la relación contractual y abonar daños.

[32] Según el acta del Consejo de Administración en el que se aprobó la contratación:

La cifra ofrecida como prima de contratación ha tenido en consideración, entre otras cuestiones, la menor retribución a percibir por el Sr. Higinio en el Banco respecto de la que percibe en la actualidad, la retribución variable correspondiente a 2018 a la que no tendría derecho por abandonar UBS y la pérdida de la protección fiscal de la que disfruta actualmente (que le asegura una tasa impositiva máxima del 25%).

[33] Arts. 529 septdecies y octodecies LSC.

[34] En este caso, la condición es claramente resolutoria, de modo que si la junta general de accionistas rechazara el nombramiento deberá reintegrarse. Sin embargo, al ser ilícita la destitución, como antes hemos explicado, debe tenerse por no cumplida la condición y, por tanto, por no resuelta de conformidad con el art. 1119 CC (CARRASCO PERERA, 2013b, 8190-8191), (CLEMENTE MEORO, 2016b).

[35] Art. 223.1 LSC.

[36] En este punto, se considera por Carrasco Perera y López Cumbre que estamos ante un contrato de alta dirección sujeto al Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, la indemnización por despido del alto directivo es de 7 días por año trabajado con un máximo de seis mensualidades, siempre que no haya pacto por el que se fije otra cuantía (CARRASCO PERERA y LÓPEZ CUMBRE, 2023).

Sin embargo, nosotros pensamos que conforme el sistema fijado en la Ley de Sociedades de Capital y la interpretación que de ella realiza el Tribunal Supremo en su sentencia de 26 de febrero de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:494) no procede entender que exista una doble relación laboral y mercantil, por tanto, con sujeción a la Ley de Sociedades de Capital y al Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto. En nuestra opinión, estamos ante una simple relación mercantil que puede terminar en cualquier momento conforme lo dispuesto en la legislación societaria y para la que no se han pactado las consecuencias de ello, por lo que sería gratuito (VICENT CHULIÁ, 2022, 1197).

[37] Estas clausulas son admitidas en nuestro ordenamiento (DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, 2016).

[38] ECLI:ES:TS:2021:4948.

[39] La reparación del daño causado al interés de indemnidad no es una cuestión sencilla, puesto que consiste en compensar aquellas pérdidas que se ponen de manifiesto como consecuencia del incumplimiento del contrato y que son consecuencia del daño a un bien personal o patrimonial del acreedor previo al incumplimiento. Es decir, no se de una lesión al interés de prestación, sino a otros bienes o derechos del acreedor.

Por ello, se discute si su vía de reparación es la contractual o la extracontractual (CARRASCO PERERA, 1989a, IV), (MORALES MORENO, 2010, 87-88), (ZIMMERMANN, 2018, 1441).

Aunque en presencia de un contrato parece que sea la vía contractual la más adecuada al haberse podido realizar una asignación del riesgo contractual al tiempo de celebrar el contrato mediante el criterio de la previsibilidad del art. 1107 CC (MORALES MORENO, 2010, 92).

[40] Aunque como hemos mencionado *supra* creemos que no puede realizarse esta condena por no solicitarse en el suplico y no integrar la *causa petendi*. Por tanto, conceder una indemnización por este concepto sería incurrir en incongruencia.

[41] Cuestión diferente es que el Banco Santander hubiera celebrado el contrato con finalidad dolosa, es decir, con la de no contratar de origen al supuesto nuevo consejero delegado. En ese caso, consideramos que debería eliminarse el límite para evitar la celebración de un contrato con valor negativo (ASÚA GONZÁLEZ, 2013a, 8077).

[42] Como hemos explicado supra, no estamos de acuerdo con la conversión realizada en la sentencia, puesto que conforme el tipo de cambio que da, no sale el resultado mencionado. De todos modos, se observa que el salario en el Banco Santander era inferior al que percibía en UBS.

[43] Cuestión distinta es que debido al principio dispositivo no puedan otorgarse, puesto que el suplico solo contiene una pretensión por el «salario objetivo anual» y desconocemos qué se entiende por este concepto al no estar explicado en ninguna de las sentencias.

[44] Este principio es el recogido en el *Second Restatement of Contracts* en Estados Unidos, concretamente en el §348(3).

Aunque no existen referencias a la indemnizabilidad de un daño sometido a la verificación de una condición, a diferencia del precepto mencionado del *Second Restatement of* Contracts, sí se recoge la posibilidad de indemnizar por la pérdida de oportunidad en los nuevos textos relativos al Derecho de contratos. Así, los arts. 9:501(2) PECL, art. 7.4.3.(2) Principios Unidroit o art. III.-3:701(2) DCFR.

Al respecto, comentario en (ZIMMERMANN, 2018, 1452-1454).

[45] El *Second Restatement of Contracts* es un texto que no tiene naturaleza legal elaborado por el *American Legal Institute* — una institución en la que diferentes operadores jurídicos como jueces, abogados o académicos elaboran estos textos a partir de la doctrina que emana de la práctica judicial —. De este modo, estamos ante una especie de codificación de la jurisprudencia.

La estructura que siguen los preceptos contenidos es la siguiente: se enuncia la norma, se comenta la misma y se proporcionan ejemplos concretos. Estos ejemplos son un resumen muy breve del caso en el que se han basado.

[46] Art. 1106 CC.

[47] Art. 1594 CC.

En este punto, se ha pronunciado la jurisprudencia para establecer una presunción del 15% del precio de la obra como utilidad del contratista (ESTRUCH ESTRUCH, 2016).

[48] Art. 216 LEC.

[49] Art. 9:505 PECL, art. 77 CISG, art. 7.4.8 Principios Unidroit o art. III.-3:705 DCFR, art. 1211 PMCC y art. 518-25 Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil.

En todas estas propuestas se adopta el enfoque de realización de un negocio de reemplazo como manera de mitigación del daño con la excepción de la Propuesta de la Comisión General de Codificación y de la Propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho Civil.

[50] Sin embargo, la operación de reemplazo no es la única manera que existe para mitigar el daño que se sufre tras el incumplimiento contractual. Así, también puede calcularse la indemnización como la diferencia entre lo que debía haber recibido de haberse cumplido el contrato y aquello que hubiera podido recibir en abstracto en el mercado. Así: art. 9:507 PECL, art. 76 CISG, art. 7.4.6 Principios Unidroit o art. III.-3:707 DCFR.

En los ejemplos del §350 *Second Restatement* encontramos diversos modos de mitigar como no realizar la propia prestación, cambiar el contenido de un recipiente con fugas a uno que no las tiene o no revender un producto defectuoso. Además, se indica que la celebración de un negocio de reemplazo es uno de los métodos para reducir la cuantía indemnizatoria.

[51] 3 Cal. 3d 176, 89 Cal. Rptr. 737, 474 P.2d 689 (1970).

[52] Por ello, la posibilidad de calcular la indemnización como la diferencia entre la remuneración que hubiera podido obtener de trabajar en el Banco Santander y aquella que obtendría en el mercado sin realizar un reemplazo no puede calcularse.

[53] ECLI:ES:TS:2008:4757.

[54] ECLI:ES:TS:2009:2386.

[55] Art. 1106 CC.

[56] Se trata del caso de nombramiento frustrado de consejero delegado en filial que mencionamos en el texto.

[57] Art. 9:501 (2) PECL, art. 7.4.2 (2) Principios Unidroit o art. III.-3:701 (2) y (3) DCFR.

Respecto a la Convención de Viena, el Comité Asesor entiende que sí es procedente la indemnización por pérdida de reputación con base en el art. 74 (CISG-AG, 2006).

[58] ECLI:DE:LGDARMS:2000:0509.10O72.00.0A.

[59] En el caso se plantean otros problemas como la jurisdicción competente, la ley aplicable a la determinación del cálculo de la moneda en la que se abona la indemnización o si es indemnizable el hecho de que los folletos no estén en italiano o francés cuando el comprador no manifiesta su falta de conformidad al recibir los bienes.

Accionistas y acreedores del Banco Popular: pasado, presente y futuro

Shareholders and creditors of Banco Popular: past, present and future

por

ROBERT REINHART SCHULLER

Investigador predoctoral en formación FPI-UR/CAR 2022

Universidad de La Rioja

RESUMEN: La resolución del Banco Popular trajo consigo una ingente cantidad de reclamaciones frente a su adquirente, el Banco Santander. El objetivo de este comentario consistirá en analizar el pasado, el presente y el futuro, de modo que se intentará otorgar una opinión sobre cuestiones ya resueltas y aspectos que todavía plantean ciertas incógnitas. El análisis requerirá la inmersión y estudio de numerosos informes, jurisprudencia del TS y del TJUE. Para ello también deberá tenerse en cuenta el marco normativo europeo y nacional, así como las dudas que ha suscitado cada una de estas normas. Por último, se hará referencia a tres cuestiones prejudiciales planteadas por el TS y que todavía ni siquiera cuentan con unas conclusiones del abogado general de la UE.

ABSTRACT: The resolution of Banco Popular brought with it an enormous number of claims against its acquirer, Banco Santander. The objective of this commentary will be to analyze the past, present and future, so that we will try to give an opinion on issues that have already been resolved and aspects that still raise certain unknowns. The analysis considered the immersion and study of numerous reports, jurisprudence of the TS and the CJEU. To do this, the European and national regulatory framework must also be taken into account, as well as the doubts that each of these regulations has raised. Finally, reference will be made to three preliminary ruling raised by the Supreme Court and which still do not have conclusions from the EU Attorney General.

PALABRAS CLAVE: Banco Popular, amortización, conversión, resolución, recapitalización interna, folleto, nulidad.

KEYWORDS: Banco Popular, amortization, conversion, resolution, internal recapitalization, prospectus, nullity.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN Y CONTEXTO.—II. RECLAMACIONES EXTRAJUDICIALES Y JUDICIALES CON ANTERIORIDAD A LA STJUE.—III.

CUESTIÓN PREJUDICIAL DE LA AP A CORUÑA.—IV. CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL DEL TJUE: 1. Primera cuestión prejudicial. 2. Segunda cuestión prejudicial.— V. SENTENCIA DE 5 DE MAYO DE 2022 ASUNTO C-410/20.— V. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO TRAS LA STJUE.— VII. CUESTIONES PREJUDICIALES PENDIENTES Y PLANTEADAS POR EL TS..— VIII. CONCLUSIONES..— IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES Y DECISIONES.— X. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN Y CONTEXTO

Para situarse y contextualizar conviene recordar que en el año 2016 el Banco Popular Español S.A. procedió a un aumento de capital con derecho a suscripción preferente[1]. Meses más tarde, en algún periódico ya se hablaba de "*La debacle del Banco Popular: cronología de una crisis*[2]". Casi un año después, el Banco Central Europeo comunicó a la Junta Única de Resolución[3] sobre la inviabilidad del Banco Popular. Para el BCE dicha inviabilidad tenía como presupuesto que la entidad no podría hacer frente al pago de sus deudas o demás pasivos en el momento de su vencimiento o que existían elementos objetivos que indicaban que no podría hacerlo en un futuro cercano[4].

El 7 de junio de 2017 la JUR acordó la resolución[5] de la entidad bancaria tras la comunicación del BCE y el análisis de los presupuestos del Reglamento (UE) nº 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) nº 1093/2010[6]. En la Decisión de la JUR[7] de 7 de junio se analizó la importancia del Banco Popular, la línea de negocio, una breve descripción de la normativa concursal española, las dificultades por las que pasaba el Banco Popular, de modo que se solicitó una evaluación provisional a un tercero independiente, en este caso a *Deloitte*, y, por último, el plan de resolución que correspondería en el caso a estudiar, cuya ejecución debería hacerse por el FROB.

El mismo 7 de junio tras acordar la JUR la resolución de la entidad bancaria, el FROB publicó su Resolución de 7 de junio de 2017. Al FROB, como autoridad nacional competente, le correspondió ejecutar la decisión de la JUR[8] y proceder a la correspondiente resolución del Banco Popular, según se acordó por Decisión de 7 de junio de la JUR. Para cumplir con el objetivo marcado por la JUR el FROB hubo de transmitir la entidad bancaria mediante la venta de acciones (venta del negocio) a un comprador. Con anterioridad a ello el FROB debió de proceder a la amortización de las acciones, conversión de los instrumentos de capital de nivel 1, su amortización, y, por último, la conversión de los instrumentos de capital 2 en acciones de nueva emisión.

Al analizar el nuevo marco normativo el FROB afirma que el nuevo sistema instaura un modelo en el cual serán los accionistas y acreedores de la entidad en resolución serán los primeros que deban soportas las pérdidas de la entidad. Este hecho supone una innovación frente a la anterior crisis del año 2008, pues se pretende desplazar la necesidad de recurrir a los recursos del Estado, debiendo

ser los acreedores y accionistas quienes deban sufrir las consecuencias debido a la inviabilidad o posible inviabilidad de una entidad.[9] También se enmarca dentro de esta normativa que ningún accionista o acreedor soportará pérdidas superiores a las que habría soportado si la entidad fuera liquidada en el marco de un procedimiento concursal.

Por otro lado, la ejecución consistió en la amortización de las acciones que pasarían, tras su correspondiente amortización, a formar parte de reservas voluntarias indisponibles. Respecto de los titulares de capital adicional de nivel 1 y los titulares de instrumentos de capital 2 se dijo: *"deberán asumir las pérdidas generadas en la entidad puestas de manifiesto tanto en la valoración económica negativa de la misma como en el precio ofrecido en el marco de la implementación del instrumento de venta de la entidad, mediante un proceso competitivo transparente, y no discriminatorio[10]*".

Otro objetivo enmarcado y que fue cumplido consistió en la venta de negocio. Para ello se abrió un procedimiento competitivo, cumpliendo con los requisitos establecidos únicamente un sujeto, en este caso el Banco Santander; venta que se hizo mediante una fusión por absorción y cuya cantidad se estipuló en un euro.

II. RECLAMACIONES EXTRAJUDICIALES Y JUDICIALES CON ANTERIORIDAD A LA STJUE

Puede hablarse de dos caminos seguidos por los accionistas del Banco Popular. El primero de ellos tiene su origen en un ofrecimiento *motu proprio* del Banco Santander, que el día 13 de julio de 2017 propuso a los accionistas afectados un denominado Bono de fidelización[11]. Esta suerte de compensación por las pérdidas soportadas por los accionistas del Banco Popular vendría delimitada tanto desde un punto de vista temporal como cualitativo y cuantitativo. Desde un prisma temporal solamente podrían acogerse a lo ofrecido aquellos que hubieran adquirido acciones u obligaciones subordinadas en el periodo comprendido entre el 26 de mayo de 2016 y 21 de junio de 2016. En cuanto al importe máximo a compensar, tanto para las acciones como para las obligaciones subordinadas ha de seguirse esta tabla:

Importe invertido por el cliente minorista	**% del importe invertido a compensar**
Entre 100 y 100.000 euros	100%
Entre 100.001 y 500.000 euros	75%
Entre 500.001 y 1.000.000 euros	50%
Más de 1.000.000 euros	0%

A cambio de recibir dichos bonos, quienes estuvieran de acuerdo, debían de renunciar al ejercicio de acciones legales contra el Banco Santander. El ofrecimiento de estos bonos supuso para la entidad adquirente "el aseguramiento[12]" de

no tener que desembolsar con posterioridad una cantidad por reclamaciones que pudieran estar fundadas en distintas causas. Desde una perspectiva económica la actuación del Banco Santander resultó ser lógica y congruente, pues no se sabía cuál iba a ser la interpretación del TJUE respecto de la Directiva 2014/59/UE. Ahora bien, no cabe olvidar que los bonos ofrecidos por el Banco Santander han sido catalogados de productos complejos[13].

Al contrario, lo sujetos que decidieron no aceptar dicho ofrecimiento o que, no cumpliendo con los requisitos, su actuación se basó en reclamaciones extrajudiciales que posteriormente dieron lugar a acciones judiciales. Mediante estas reclamaciones se pretendía reclamar lo invertido durante las ampliaciones de capital del año 2012, 2014 y 2016. BUENOSVINOS GONZÁLEZ afirma que se dieron varias tendencias jurisprudenciales según el año en el cual se hizo la ampliación. Mientras que para los años 2012 y 2014 hubo discrepancia en la jurisprudencia a la hora de conceder indemnización sobre la base de la legislación del mercado de valores o, en su caso, por petición de anulabilidad; esto no era así para las reclamaciones que tenían su causa en la ampliación del año 2016. Dice el citado autor que para las reclamaciones del año 2016 existía unanimidad[14] en la jurisprudencia (tanto por anulabilidad o responsabilidad por folleto), cuyo origen se basaba en que la información proporcionada por la entidad fue deficiente, inexacta y maquillada, no reflejando la fiel imagen de la entidad[15]. La argumentación del Banco Santander se basaba sobre una falta de legitimación pasiva, alegando como normativa la entidad bancaria la Ley 11/2015. Los Juzgados y Audiencias Provinciales resolvían en que no existía una incompatibilidad con la ley citada *ut supra*, pues el origen del daño tenía su germen en la información engañosa respecto de la situación financiera, la cual fue proporcionada por el Banco Popular, de modo que el daño no tenía como fundamento la intervención y consiguiente resolución de la entidad[16].

III. CUESTIÓN PREJUDICIAL DE LA AP A CORUÑA

La AP de A Coruña planteó las siguientes cuestiones prejudiciales: "*En estas circunstancias, la Audiencia Provincial de A Coruña decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes: 1) Cuando, en el marco de un procedimiento de resolución de una entidad financiera, se han amortizado la totalidad de las acciones en que se dividía el capital social, los artículos 34 [, apartado 1, letra a)], 53[, apartados 1 y 3], y 60[, apartado 2, párrafo primero, letras b) y c),] de la Directiva [2014/59] (LCEur 2014, 1069), ¿deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que quienes adquirieron sus acciones unos meses antes del inicio del procedimiento de resolución, con ocasión de una ampliación de capital con oferta pública de suscripción, puedan promover demandas de resarcimiento o demandas de efecto equivalente basadas en una defectuosa información del folleto de la emisión contra la entidad emisora o contra la entidad resultante de una fusión por absorción posterior?*

2) En el mismo caso a que se refiere la [primera] pregunta [...], los artículos 34[, apartado 1, letra a)], 53[, apartado] 3, y 60[, apartado 2, párrafo primero, letras b) y c),] de la Directiva [2014/59], ¿se oponen a que se impongan judicialmente a

la entidad emisora, o a la entidad que la suceda universalmente, obligaciones de restitución del contravalor de las acciones suscritas, así como de abono de intereses, como consecuencia de la declaración de nulidad, con efectos retroactivos (ex tunc), del contrato de suscripción de las acciones, en virtud de demandas promovidas con posterioridad a la resolución de la entidad?[17]"

Según se extrae de la STJUE el planteamiento de los demandantes se basó en que la acción de nulidad tiene una naturaleza independiente frente a la resolución del Banco Popular. Los demandantes sostuvieron su argumento sobre la base de la STJUE de 19 de diciembre de 2013, asunto (Hirmann) C-174/12[18].

IV. CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL DEL TJUE

Las conclusiones del abogado general Richard de la Tour fueron presentadas el día 2 de diciembre de 2021, para el asunto C-410/20 Banco Santander, S.A., contra J.A.C, M.C.P.R.

El abogado general del TJUE realiza unas disertaciones muy útiles, pudiendo resumir la estructura que plantea del siguiente modo: en primer lugar, una introducción en la cual refiere el cambio normativo tras la crisis del 2008; en segundo lugar, un planteamiento del marco jurídico en el cual engloba normativa de la UE, la decisión de la JUR, así como la normativa de Derecho español. Con posterioridad alude a los hechos del litigio y a las cuestiones prejudiciales planteadas. Sobre estas últimas (en concreto, con relación a la primera cuestión prejudicial), realiza un análisis e interpretación literal, así como teleológica siguiendo la normativa comunitaria a interpretar. Por último, da respuesta a la última cuestión prejudicial planteada y ofrece unas observaciones complementarias.

En primer lugar, menciona que los objetivos a alcanzar a través de la resolución bancaria se basan en la continuidad de las funciones esenciales de las entidades, de modo que se pretende evitar repercusiones negativas que puedan afectar a la estabilidad financiera, evitando un efecto de contagio, así como también una protección de los fondos públicos. Para alcanzar los objetivos anteriores enmarca el abogado general que, con carácter prioritario, los accionistas y acreedores de la entidad objeto de resolución deban asumir las perdidas, no debiendo incurrir en mayores pérdidas que las que deberían soportar en un procedimiento de liquidación (insolvencia ordinaria)[19].

Desde el punto de vista del Derecho de la Unión Europea cita la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003 sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE[20]. Sobre esta primera Directiva interesa citar que contiene un precepto (art.6) que regula la responsabilidad del folleto. Esta Directiva otorga una serie de derechos a los inversores, siendo entonces la tarea del abogado general el interpretar si la Directiva 2014/59/UE establece una serie de excepciones y limitaciones. En otras palabras, si desplaza el contenido de la Directiva 2001/34/CE. Recuerda que conforme a la Directiva 2014/59/UE los derechos de los accionistas y acreedores podrán verse afectados cuando así resulte necesario en aras del interés público. Por lo tanto, los instrumentos de resolución deberán aplicarse únicamente a entidades inviables o en las cuales exista una pro-

babilidad de que lo vayan a ser. Tampoco se olvida el abogado general que dicha Directiva, para los casos de resolución de entidades, tiene una eficacia inmediata y vinculante para la entidad objeto de resolución, así como para los acreedores y accionistas afectados. Así, los accionistas y acreedores asumirán las pérdidas, a no ser que hubieran incurrido en mayores pérdidas que en un procedimiento de liquidación ordinario, o que el importe principal o el importe pendiente de un pasivo haya vencido en el momento en el cual se ejerciten las competencias de resolución, de modo que si no hubieran vencido se entenderán liberados a todos los efectos. Por último, alude al marco normativo español, la norma en la cual se regula la responsabilidad por folleto, la Ley 11/2014 y a los artículos 1300, 1303 y 1307 del Código Civil.

1. Primera cuestión prejudicial

Sobre la primera cuestión prejudicial, ha de decirse lo que sigue. La Directiva 2003/71/CE regula y tiene como objetivo la protección de los inversores, de modo que se les faculta para poder exigir una responsabilidad por folleto inexacto o engañoso. En cambio, dice que: *"la Directiva 2014/59 es evitar, mediante una reacción rápida, el eventual colapso del sistema financiero como consecuencia de la inviabilidad de una entidad bancaria. En este sentido, los inversores, convertidos en accionistas, son quienes asumen las primeras pérdidas en caso de inviabilidad de su banco, en virtud del artículo 34, apartado 1, letra a), de esta Directiva, lo que puede traducirse, como en el presente asunto, en la pérdida total de su inversión"*[21].

Del tenor literal se debe destacar la claridad y nitidez que preconiza el art.34.1.a de la Directiva 2014/59/UE, de modo que los sujetos que tengan la condición de accionistas en el momento de la resolución asumirán las perdidas. Esta cualidad resulta clave para responder a la cuestión prejudicial planteada. Ahora bien, debe tenerse presente la relevancia que tiene la condición de accionista en el momento de la resolución y su posible relación con la solicitud de anulabilidad por error. Este punto volverá a reaparecer con relación a posibles cuestiones que todavía no han sido resueltas, o que al menos, plantean ciertas dudas. El abogado general, con rotundo acierto, teniendo en cuenta la finalidad de la Directiva 2014/59/UE relaciona la condición de accionista en el momento de la resolución con la acción de responsabilidad por folleto incorrecto o incompleto de la Directiva 2003/71/CE. Lo anterior ha de conducir a que el sujeto que tuviera la cualidad de accionista en el momento de la resolución, pese a cumplirse los presupuestos del art.6 de la Directiva2003/71/CE no pueda ejercitar una acción de responsabilidad por folleto inexacto.

Desde el punto de vista de otra perspectiva, la resolución de una entidad marca un antes y un después, de modo que ciertos derechos y acciones reconocidos por otras normas se ven desvanecer, siempre de acuerdo con las limitaciones de la Directiva 2014/59/UE, para poder cumplir con la finalidad de esta y así garantizar la estabilidad financiera en el mercado.

Retomando las conclusiones del abogado general, este concluye, que pese a no tener derecho a la acción de responsabilidad vía Directiva 2003/71/CE, los accionistas dispondrían de otras vías de recurso. Cita, entre ellas, el hecho de poder

acudir a la vía penal o administrativa e incluso el ejercicio de acciones de responsabilidad frente a sujetos distintos del propio emisor, y así obtener mediante este cauce una indemnización[22].

Por último, se alude a la posibilidad de solicitar la acción de anulación ante el Tribunal General de la Unión Europea. También menciona el abogado general la facultad de solicitar una indemnización si hubieran incurrido en pérdidas más importantes que las que hubieran sufrido ante un procedimiento de liquidación ordinario. Sobre este aspecto cabe mencionar, que tras el transcurrir de los hechos y con la información que se cuenta, resulta una opción inviable. Conviene abrir un pequeño paréntesis antes de continuar con las conclusiones del abogado general, para así poder traer a colación una serie de detalles de relevancia. Ya ha habido pronunciamiento respecto de los recursos de anulación en relación con la resolución del Banco Popular, habiéndose desestimado en su totalidad lo planteado. Puede citarse, a modo de resumen, que se dictaron cinco sentencias por el Tribunal General de la Unión Europea; en estas, básicamente analizan el respeto a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, los aspectos procedimentales y los sustantivos. Sobre el primer aspecto recalca el Tribunal que se trató de una resolución justificada y proporcionada, no constituyendo una intervención desmesurada e intolerable. Por otro lado, defiende el Tribunal que el hecho de que no se comunicaran determinadas informaciones y documentos no supone *per se* una vulneración al derecho de acceso al expediente, pues el contenido de lo anterior viene protegido por el secreto profesional y es confidencial. Básicamente se dice que las partes no tienen derecho a que se les transmita y comunique todo el expediente en el que se basó la JUR para dictar la decisión resolutoria.

Con relación a los aspectos procedimentales, puesto que el legislador de la Unión Europea ha habilitado a la JUR a dictar las resoluciones en la materia objeto de estudio, no puede entenderse que hubo una vulneración al principio de delegación de facultades. Por último, de los sustantivos se dice que la insolvencia de la entidad no es una condición para la adopción de un dispositivo de resolución, pues una entidad puede ser solvente, pero a su vez no disponer de suficiente liquidez para hacer frente a sus deudas[23]. Tampoco las partes implicadas demostraron la existencia de alternativas razonables a la resolución. Estima el Tribunal General que la medida fue necesaria y proporcionada, así como el proceso de venta al Banco Santander fue conforme a la legislación. Cerrando este aspecto, faltaría un último detalle, el Tribunal General se pronuncia sobre la exclusión de la responsabilidad extracontractual de la JUR y de la Comisión. Precisa el Tribunal que las partes que proponen el recurso de anulación no demostraron un comportamiento ilegal de la JUR o de la Comisión, así como tampoco una relación de causalidad entre *"las ilegalidades de la JUR y de la Comisión, suponiéndolas acreditadas, y la crisis de liquidez de Banco Popular y, por tanto, entre estas y el perjuicio invocado[24]"*.

Sobre la posible indemnización por haber incurrido los accionistas en mayores pérdidas que las que hubieran sufrido si la entidad hubiera sido liquidada con arreglo a los procedimientos de insolvencia ordinarios, ha de citarse el siguiente documento. Este texto se titula: *"DECISIÓN DE LA JUNTA ÚNICA DE RESOLUCIÓN de 17 de marzo de 2020 por la que se determina la potencial concesión de una compensación a los accionistas y acreedores de Banco Popular Español S.A. sobre los que se adoptaron las medidas de resolución (SRB/EES/2020/52)[25]"*. En esta deci-

sión se realiza una descripción respecto del procedimiento de valoración consistente en la diferencia de trato que hubieran recibido los accionistas y acreedores en un procedimiento de insolvencia ordinaria. Se menciona el nombramiento de *Deloitte* como valorador independiente, la importancia y el objeto del informe de valoración 3 emitido por *Deloitte*. Aparece una descripción del proceso de audiencia de los afectados y cómo debían participar y alegar. Desde el punto de vista jurídico interesa que en el Reglamento (UE) nº806/2014 se establece en su art.15, apartado primero, letra g: "*En el artículo 15, apartado 1, letra g), del Reglamento (UE) n.º 806/2014 se establece el principio de que los acreedores no sufran más pérdidas que las que habrían sufrido si la entidad hubiera sido liquidada con arreglo a los procedimientos de insolvencia ordinarios*[26]". Lo anterior se concreta, según la decisión, en que puede limitarse el derecho de propiedad, en circunstancias concretas, siempre a cambio de una justa indemnización[27]. El Reglamento citado *ut supra* establece que dicha valoración, conocida como valoración tercera en este supuesto, la realizara una persona independiente (en este caso *Deloitte*)[28]. En este supuesto *Deloitte* hubo de valorar el trato recibido por los acreedores y accionistas conforme a la resolución comparándolo con el escenario hipotético de un procedimiento de insolvencia ordinario. De modo que si el valorador independiente hubiera confirmado que los accionistas y acreedores incurrieron en mayores pérdidas que las que hubieran sufrido en un procedimiento de insolvencia ordinario, se establecería que estos tendrían derecho a recibir una compensación por la diferencia a cargo del Fondo Único de Resolución[29], todo ello sobre la base del art.76 del apartado primero, letra e) del Reglamento (UE) nº806/2014[30]. Es importante mencionar que el valorador tuvo en cuenta tres escenarios de liquidación de la entidad, todos ellos conforme a distintos plazos, presentando distintas posibilidades dentro de cada uno de los plazos[31]. La conclusión a la que llega el valorador es que los acreedores y accionistas no hubieran recibido un mejor trato si la entidad se hubiera sometido a un procedimiento de insolvencia ordinario[32]. La JUR considera que el informe del valorador se hizo conforme a los requisitos normativos; igualmente ratifica su contenido, estableciendo una serie de conclusiones a modo de articulado. De este modo se concluye que los acreedores y accionistas no tendrán derecho a una compensación con cargo al Fondo Único de Resolución[33].

Retomando el relato del abogado general corresponde analizar lo dicho en su interpretación teleológica. *Ipso facto*, antes de entrar a exponer sus argumentos concluye que la interpretación teleológica conduce a una clara prohibición de la acción de responsabilidad. Plantea en su considerando 80: "*En este sentido, esta doble mutualización, acorde a los principios según los cuales los accionistas asumirán las primeras pérdidas y solo los pasivos devengados pueden dar lugar a una obligación de pago en caso de recapitalización interna o amortización, demuestra hasta qué punto el sistema instaurado no es compatible con la posibilidad de ejercitar una acción de responsabilidad basada en la Directiva 2003/71 con posterioridad a la decisión de resolución*". El meollo de esta interpretación se encuentra en que la acción de responsabilidad por folleto inexacto no está recogida en la Directiva 2014/59/UE, de modo que no podría dirigirse contra el emisor o cesionario. Y apunta que: "*el ejercicio de tal acción de responsabilidad supondría, en primer lugar, hacer recaer únicamente en el emisor o en el cesionario una responsabilidad no contemplada por la Directiva 2014/59, a pesar de que, cuando sí se prevé responsabilidad, la indemni-*

*zación corre a cargo del conjunto de los bancos que aportan contribuciones al mecanismo de financiación de la resolución. Además, imponer al cesionario la obligación de responder económicamente de las consecuencias financieras de un folleto erróneo o inexacto produciría mayor impacto sobre él que la anulación de la decisión de resolución) o que el supuesto de que el accionista hubiera incurrido en pérdidas más importantes que las que habría sufrido en el marco de un procedimiento de insolvencia ordinario. Ello conduciría a obligar a una persona que no ha contribuido en la elaboración del folleto a soportar las consecuencias de que este sea erróneo o inexacto y sería contrario al propósito de reducir el riesgo mora*l". Para después sostener, que dicha acción por responsabilidad supondría poner en peligro el resultado y equilibrio logrado con la resolución de la entidad, la cual solo debió tener en cuenta únicamente los pasivos devengados con anterioridad a la misma (considerando 82). Por otro lado, aunque no fue objeto de la cuestión prejudicial, el abogado general manifiesta con relación al art.38 apartado 13 de la Directiva 2014/59/UE que (considerando 83): "*Por definición, las acciones canceladas no se transmiten y sus anteriores titulares no pueden tener derecho alguno sobre los activos transmitidos*". De este modo, se extrae como conclusión que con ocasión de una recapitalización interna[34] o de una amortización total, las posibilidades para obtener una indemnización son: el ser un titular de un pasivo devengado con anterioridad a la resolución o haber sufrido pérdidas por la anulación de la decisión de la resolución. Como último conviene resaltar de las conclusiones del abogado general (considerandos 86 y 86): que el accionista no podrá hacer uso de la acción de responsabilidad por folleto inexacto con posterioridad a una decisión de resolución. Concluyendo que: "*En consecuencia, cuando, en el marco de un procedimiento de resolución de una entidad financiera, se han amortizado la totalidad de las acciones en que se dividía el capital social, los artículos 34, apartado 1, letra a); 53, apartados 1 y 3, y 60, apartado 2, letras b) y c), de la Directiva 2014/59 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que quienes adquirieron sus acciones unos meses antes del inicio del procedimiento de resolución, con ocasión de una ampliación de capital con oferta pública de suscripción, puedan promover, con posterioridad a la decisión de resolución, demandas de resarcimiento o demandas de efecto equivalente basadas en una defectuosa información del folleto de la emisión contra la entidad emisora o contra la entidad resultante de una fusión por absorción posterior*".

2. Segunda cuestión prejudicial

Sobre la segunda cuestión prejudicial corresponde destacar lo que sigue. Versa sobre las acciones de nulidad contempladas en el Código Civil. Ahora bien, en opinión de quien suscribe este comentario la conclusión a la que conduce la respuesta a la primera cuestión prejudicial hubiera sido suficiente para contestar también a la segunda. Por parte de los demandantes, estos aluden al efecto retroactivo de la nulidad en Derecho español, de modo que estos nunca llegaron a tener la condición de accionistas, no siéndoles oponible los efectos de la amortización que dio lugar el procedimiento resolutorio. Para el abogado general un demandante solo tendrá la legitimación para ejercitar una acción de nulidad si sigue vinculado por el contrato en el momento que se ejercita. Esta opinión no se

adecua al concepto de nulidad en Derecho español, pues la concepción sobre la nulidad sigue otra senda en nuestro ordenamiento jurídico[35]. Lo que constituye, en opinión de quien suscribe este comentario, un argumento de mayor enjundia consistiría en el símil que se hace entre las acciones amortizadas y canceladas, así como sus consecuencias. Para el abogado general, la falta de legitimación activa de la situación anterior resultaría trasladable también a lo planteado en la segunda cuestión prejudicial. El fallo argumental del abogado general se encontraría en que igualmente para este supuesto defiende que el accionista pierde dicha condición tras la resolución de la entidad. Desde un punto de vista del Derecho español esto no es así. En el caso de nulidad radical, esta condición nunca se hubiera adquirido, en cambio, para los supuestos de nulidad relativa el matiz está en que se trata de una nulidad cuyos efectos son claudicantes.

El *quid* de la cuestión se encuentra en los últimos considerandos relativos a la segunda cuestión prejudicial. Y es que el abogado general haciendo uso de una interpretación finalista mantiene en el considerando 95 que: "*si el accionista dejase de tener tal condición en la fecha de resolución debido al efecto retroactivo de la declaración de nulidad, se pondría en cuestión toda la valoración sobre la que se basa la decisión de resolución, dado que la composición del capital forma parte de la información objetiva de dicha valoración. De esta forma, se frustrarían el propio procedimiento de resolución y los objetivos perseguidos por la Directiva 2014/59. Ha de recordarse que entre los objetivos de esta no se encuentra la indemnización de los accionistas: por el contrario, deben ser ellos quienes asuman las primeras pérdida*". La importancia de la Directiva reside en sus múltiples objetivos y, para que sea viable el cumplimiento de estos deberá entrar en juego numerosas excepciones y situaciones que, en casos de normalidad, se considerarían anómalas. Anómalas por cuanto rompe y desplaza ciertas reglas básicas del Derecho de Contratos, en este caso el relativo a la nulidad por error respecto de la información proporcionada; también ciertas reglas del Derecho de sociedades. Esta particularidad la manifiesta el abogado general al abogar por el carácter de ley especial del mecanismo de resolución bancaria frente a la Directiva 2003/71/CE. Hecho este que debe trasladarse también al Derecho de contratos nacional. La conclusión del abogado general consiste en que: "(considerando 97) *distinguir entre los accionistas que adquirieron sus acciones sobre la base de un folleto erróneo o inexacto y que, por ello, tienen derecho a indemnización y los otros accionistas cuyas acciones se cancelaron conduce a establecer una diferencia de trato significativa entre ellos que no está justificada por razones de interés público. (48) Ha de recordarse que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la protección de los inversores no puede prevalecer en todo caso sobre el interés público consistente en garantizar la estabilidad del sistema financiero*". "(considerando 98) *la respuesta a la segunda cuestión prejudicial solo puede ser afirmativa: los mecanismos de resolución que implican una recapitalización interna, una amortización total y la venta del negocio se oponen al ejercicio de una acción de nulidad del contrato de suscripción de acciones con posterioridad a la fecha de la decisión de resolución*". "(considerando 99) *En consecuencia, cuando, en el marco de un procedimiento de resolución de una entidad financiera, se han amortizado la totalidad de las acciones en que se dividía el capital social, los artículos 34, apartado 1, letra a); 53, apartado 3, y 60, apartado 2, letra b), de la Directiva 2014/59 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que se impongan judicialmente*

a la entidad emisora, o a la entidad que la suceda universalmente, obligaciones de restitución del contravalor de las acciones suscritas, así como de abono de intereses, como consecuencia de la declaración de nulidad, con efectos retroactivos, del contrato de suscripción de las acciones, en virtud de demandas promovidas con posterioridad a la resolución de la entidad[36]".

V. STJUE DE 5 DE MAYO DE 2022 ASUNTO C-410/20

La sala tercera del TJUE acoge los argumentos del abogado general, aunque responde conjuntamente a las dos cuestiones prejudiciales. La sentencia comienza haciendo alusión a una serie de preceptos y considerandos de la Directiva 2003/71/CE y Directiva 2014/59/UE. Con posterioridad alude a la decisión de la JUR, del FROB y de la normativa española, en concreto, el Código Civil y la Ley 11/2015 de 18 de junio. También hará referencia a los hechos del litigio y a las cuestiones que se plantean. Básicamente en la ampliación de capital del año 2016 dos sujetos adquirieron acciones. Con posterioridad, tras la resolución, se interpuso demanda de nulidad del contrato de suscripción bien por error o dolo. En relación a las dos cuestiones prejudiciales estas se reprodujeron *ut supra* al analizarse las conclusiones del abogado general.

El TJUE procede a una interpretación de los arts.57, apartado primero, punto 57, el artículo 53[37], apartado primero y tercero y el 60 apartado primero, letra b), y apartado segundo, letra c). Matiza el Tribunal que los anteriores preceptos deben interpretarse según el considerando 49, en el que se específica cuándo corresponderá aplicar el mecanismo de resolución y el objetivo a perseguir mediante este. También recuerda la necesidad de garantizar la estabilidad del sistema bancario y que este prevalece, no en todos los casos, frente a la protección de los inversores (considerando 36). Debe saberse que, mediante la Directiva 2014/59/UE, se pretendió instaurar un régimen excepcional frente a la generalidad de los procedimientos de insolvencia, mediante el cual se incluyen una serie de excepciones. No obstante, estas excepciones deberán definirse de manera clara y precisa (considerando 37 y 38). Interesa detenerse y manifestar que el Tribunal alude a que la Directiva citada establece una serie de excepciones frente a las disposiciones del Derecho de la Unión, siempre que dichas disposiciones puedan afectar u obstaculizar el procedimiento de resolución (considerando 40). El matiz es relevante, pues no se incluye al Derecho nacional, lo que, en teoría, podría dar lugar a aseverar que cabe hacer uso del recurso al error o dolo previsto en el Código Civil.

En lo que se refiere a la acción por responsabilidad por folleto inexacto, así como la acción de nulidad, una vez aplicado el procedimiento de resolución, el TJUE considera que ambas están incluidas dentro de la categoría de obligaciones o créditos liberados a todos los efectos (considerandos 41 y 42). A diferencia del considerando 40 del cual se podrían extraer una serie de dudas respecto del ámbito de las excepciones, en estos dos últimos parecería que también abarcaría al Derecho nacional[38]. Las acciones que pretendieron emprender lo accionistas irían en contra, según el TJUE: "*Tales acciones cuestionarían toda la valoración en la que se basa la decisión de resolución, puesto que la composición del capital forma parte de los datos objetivos de dicha valoración*[39]". Así que, de dar lugar a estas, se frus-

traría el objetivo perseguido a través del mecanismo de resolución. Por último, el TJUE menciona los mecanismos de salvaguardia previstos en la Directiva, si se recuerda, estos ya fueron tratados con anterioridad.

Con lo cual, el TJUE finaliza estableciendo que las distintas disposiciones deberán interpretarse de forma que: *"deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, con posterioridad a la amortización total de las acciones del capital social de una entidad de crédito o una empresa de servicios de inversión objeto de un procedimiento de resolución, quienes hayan adquirido acciones en el marco de una oferta pública de suscripción emitida por dicha entidad o dicha empresa, antes del inicio de tal procedimiento de resolución, ejerciten, contra esa entidad o esa empresa o contra la entidad que la suceda, una acción de responsabilidad por la información contenida en el folleto, como se prevé en el artículo 6 de la Directiva 2003/71/CE (LCEur 2003, 4476) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública admisión a cotización de valores y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE (LCEur 2001, 2380), en su versión modificada por la Directiva 2008/11/CE (LCEur 2008, 451) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2008, o una acción de nulidad del contrato de suscripción de esas acciones, que, habida cuenta de sus efectos retroactivos, da lugar a la restitución del contravalor de tales acciones, más los intereses devengados desde la fecha de celebración de dicho contrato[40]"*.

VI. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO TRAS LA STJUE

Tres son las sentencias que deben destacarse tras la STJUE. La primera de ellas la STS 1135/2023 de 11 de julio. La segunda la STS 1212/2023 de 25 de julio y por último la STS 1214/2023 de 26 de julio. Se procederá a explicar los antecedentes de hecho, por separado, de cada uno de los supuestos. Dada la identidad de razón en los fundamentos jurídicos, y el traslado y aplicación de la doctrina del TJUE, estos fundamentos serán mencionados de manera sucinta para no resultar repetitivos.

En la STS 1135/2023 de 11 de julio una mercantil adquirió acciones del Banco Popular a consecuencia de la ampliación de capital[41]. La petición de la demandante se basó en nulidad de pleno derecho por incumplimiento de normas imperativas o error en el consentimiento. Subsidiariamente se solicitó la anulabilidad del contrato de suscripción de acciones. De no entenderse anulable el contrato, que se declare la resolución por incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales de diligencia, lealtad e información con resarcimiento de daños y perjuicios y abono de intereses. Por último, también de manera subsidiaria, la indemnización de daños y perjuicios conforme al art.1101 del Código Civil.

De la STS 1212/2023 de 25 de julio los hechos relevantes pueden resumirse del siguiente modo. Dª Carolina adquirió acciones del Banco Popular con ocasión de la ampliación de capital del año 2016. Las acciones ejercitadas consistieron en la solicitud de anulación por error vicio en el consentimiento y subsidiariamente se declare por dolo. También se solicitó, subsidiariamente, la resolución contractual por incumplimiento del emisor, de no admitirse esto último a indemnizar por proporcionar información inveraz respecto de la situación patrimonial.

Por último, de la STS 1214/2023 de 26 de julio se extrae, que se solicitó un préstamo con el fundamento de adquirir acciones en la ampliación de capital del año 2016. Se ejercitó con posterioridad una acción de nulidad por error vicio en el consentimiento[42].

Desde el punto de vista jurídico se ha apuntado que tras la STJUE de 5 de mayo de 2022 las acciones que se pretendían utilizar han visto afectadas su propia existencia tras dicha sentencia. El TS extrae que es posible establecer excepciones a las disposiciones del Derecho de la Unión[43] con el fin de no privar de eficacia al procedimiento de resolución. De modo que tras la STJUE de 5 de mayo de 2022 ha desaparecido el presupuesto de las acciones que se plantearon por los demandantes. Entonces, una de las consecuencias de esta doctrina consiste en que la entidad emisora o sucesora carecería de legitimación pasiva respecto de la acción de nulidad por error vicio. Para no ser repetitivos, basta con mencionar que el TS reproduce el argumento tratado *ut supra* sobre la interpretación de los preceptos y considerandos analizados de la Directiva 2014/59/UE.

VII. CUESTIONES PREJUDICIALES PENDIENTES Y PLANTEADDAS POR EL TS

A continuación, corresponde analizar tres cuestiones planteadas por el TS en relación al Banco Popular. La primera de ellas de fecha de 20 de diciembre de 2022 en la cual se pregunta lo siguiente: "*Las disposiciones del artículo 34, apartado 1, letras a) y b), en relación con las del artículo 53, apartados 1 y 3, con las del artículo 60, apartado 2, párrafo primero, letras b) y c), y con las del artículo 64, apartado cuarto, letra b), de la Directiva 2014/59/UE1 ¿deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, con posterioridad a la conversión en acciones y sucesiva transmisión de estas, sin contraprestación efectiva, de las obligaciones subordinadas (instrumentos de capital de nivel 2) emitidas por una entidad de crédito objeto de un procedimiento de resolución y no vencidas cuando se adoptó el procedimiento de resolución, quienes hubieran adquirido esas obligaciones subordinadas antes del inicio de tal procedimiento de resolución ejerciten, contra esa entidad o contra la entidad que la suceda, una acción de nulidad del contrato de suscripción de esas obligaciones subordinadas solicitando la restitución del precio pagado por la suscripción de las obligaciones subordinadas más los intereses devengados desde la fecha de celebración de dicho contrato?*[44]"

La siguiente cuestión prejudicial se planteó el día 22 de diciembre de 2022 y se preguntó: "*Las disposiciones del artículo 34, apartado 1, letras a) y b), en relación con las del artículo 53, apartados 1 y 3, y del artículo 60, apartado 2, párrafo primero, letras b) y c), de la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 20141, ¿deben interpretarse en el sentido de que el eventual crédito o derecho que surgiría de una condena a la entidad que ha sucedido a Banco Popular como consecuencia de la nulidad de la adquisición de un instrumento de capital (participaciones preferentes), que acabó convirtiéndose en acciones antes de que se hubieran adoptado las medidas de resolución al Banco Popular (7 de junio de 2017), podría considerarse un pasivo afectado por la previsión de amortización del art. 53.3 de la Directiva 2014/59, en tanto que obligaciones o reclamaciones «no vencidas», de*

forma que quedaría liberado y no sería oponible a Banco Santander como sucesora de Banco Popular, cuando la demanda de la que derivaría esa obligación se hubiese interpuesto después de concluido el procedimiento de resolución del banco?

¿O por el contrario, dichas disposiciones deben interpretarse en el sentido de que el citado crédito o derecho constituiría una obligación «vencida» (art. 53.3 de la Directiva) o «pasivo ya devengado» en el momento de la resolución del banco (art. 60.2.b), y como tal excluido de los efectos de la liberación o cancelación de esas obligaciones o reclamaciones, aunque se hubieran amortizado y extinguido las acciones, y, en consecuencia, sería exigible a Banco Santander como sucesor de Banco Popular, incluso cuando la demanda de la que derivaría esa condena indemnizatoria se hubiese interpuesto después de concluido el procedimiento de resolución del banco?[45]"

Por último, en fecha de 23 de diciembre de 2022 se formuló la siguiente pregunta: "*Las disposiciones del artículo 34, apartado 1, letras a) y b), en relación con las del artículo 53, apartados 1 y 3, [y] con las del artículo 60, apartado 2, párrafo primero, letras b) y c), de la Directiva 2014/59/UE1, ¿deben interpretarse en el sentido de que el eventual crédito o derecho que surgiría de la condena a indemnizar impuesta a la entidad que ha sucedido a Banco Popular como consecuencia de una acción de responsabilidad derivada por la comercialización de un producto financiero (bonos subordinados necesariamente convertibles en acciones del mismo banco), no incluido entre los instrumentos de capital adicional a que se refieren las medidas de resolución del Banco Popular, que acabaron convirtiéndose en acciones del banco antes de que se hubieran adoptado las medidas de resolución de[l] banco (7 de junio de 2017), podría considerarse un pasivo afectado por la previsión de amortización o extinción del art. 53.3 de la Directiva 2014/59/UE, en tanto que obligación o reclamación «no vencida», de forma que quedaría liberado y no sería oponible a Banco Santander como sucesora de Banco Popular, cuando la demanda de la que derivaría esa condena indemnizatoria se hubiese interpuesto después de concluido el procedimiento de resolución del banco?*

¿O por el contrario, dichas disposiciones deben interpretarse en el sentido de que el citado crédito o derecho constituiría una obligación o reclamación «vencida» —art. 53.3 de la Directiva— o «pasivo ya devengado» en el momento de la resolución del banco —artículo 60, apartado 2, letra b)—, y como tal excluido de los efectos de la liberación o cancelación de esas obligaciones o reclamaciones y, en consecuencia, sería exigible a Banco Santander como sucesor de Banco Popular, incluso cuando la demanda de la que derivaría esa condena indemnizatoria se hubiese interpuesto después de concluido el procedimiento de resolución del banco?[46]"

Profundizando más sobre la primera cuestión prejudicial, esta plantea el análisis de los instrumentos de capital convertidos en acciones de nueva emisión, no amortizados, pero transmitidos al Banco Santander. Lo cual, al no haber sido amortizadas, según los recurrentes, debería dar lugar a un trato diferente, dando lugar a la posibilidad de ejercitar acciones de anulación. En relación a la medida de amortización y conversión refiere la recurrente que: "*Una y otra medida tienen finalidades distintas (la amortización, absorber las pérdidas; la conversión, garantizar la continuidad de la entidad en sus funciones financieras y económicas esenciales*". Además, ninguna norma excluiría o limitaría el ejercicio de dicha acción. La STJUE de 5 de mayo de 2022 privaría de acción solo para casos de instrumentos

de capital amortizados, pero no frente a aquellos que únicamente han sido objeto de conversión a consecuencia de la resolución de la entidad. Por otro lado, existiría un argumento interesante, pero a la vez polémico y es que se dice: "*La restitución que solicitan los demandantes en la acción de nulidad no tiene como causa la pérdida de valor de las obligaciones subordinadas como consecuencia de su conversión en acciones y posterior transmisión forzosa, sin contraprestación, sino que viene referida al original negocio de suscripción de las obligaciones subordinadas, que es nulo, por lo que nunca debieron ostentar la posición de acreedores titulares de instrumentos de capital de nivel 2*[47]".

Sobre la conversión de los instrumentos de nivel 2 se pueden plantear las siguientes reflexiones. Respecto del art.60 de la Directiva/2014/59/UE, concretamente su apartado segundo letra b, en el mismo se dispone: "*por lo que se refiere al titular del instrumento de capital pertinente, no subsistirá responsabilidad alguna en relación con el importe del instrumento que haya sido amortizado, excepto cuando se trate de pasivos ya devengados o de pasivos resultantes de daños y perjuicios surgidos con motivo del recurso presentado contra la legalidad del ejercicio de la competencia de amortización;*". Una interpretación literal conduciría a que la responsabilidad deberá subsistir en el supuesto de que no hubiera amortización, pero sí conversión de los instrumentos de capital. Esta lectura sería errónea conforme a la finalidad de la Directiva 2014/59/UE, pero también al artículo 60, pues este comienza haciendo referencia a su contenido, como: "*Disposiciones para la amortización o conversión de los instrumentos de capital*". Lo lógico sería incluir también a las conversiones como excepciones previstas dentro del apartado segundo letra b. La normativa española también puede suscitar las mismas dudas, no obstante, derivan de ella argumentos más claros a favor de la extensión de la excepción de responsabilidad a de los instrumentos de capital convertidos, pero no amortizados. El artículo 39 de la Ley 11/2015 viene titulado: "*Reglas sobre la amortización o conversión de los instrumentos de capital y pasivos admisibles pertinentes*". En su apartado segundo se dice: "*2. Cuando se lleve a cabo la amortización o conversión del principal de los instrumentos de capital, o de los pasivos admisibles a que se refiere el artículo 38.1 bis: a) La reducción del principal será permanente, sin perjuicio del mecanismo para compensar a los acreedores previsto en el artículo 36.5. b) No subsistirá ninguna obligación frente a los titulares de los instrumentos de capital y de los pasivos admisibles del artículo 38.1 bis, respecto al importe amortizado, excepto las obligaciones ya devengadas o la responsabilidad que se derive como resultado de un recurso presentado contra la legalidad del ejercicio de la facultad de amortización. c) No se pagará ninguna indemnización al titular de los instrumentos de capital o de los citados pasivos admisibles, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 3*". La lectura de dicho apartado debe conducir, sin duda, a la conclusión de que los instrumentos de capital convertidos, pero no amortizados están excluidos de la acción de responsabilidad, pues de lo contrario supondría contravenir la finalidad de la Directiva. Las interpretaciones literales, en normas con un articulado extenso, podrían perjudicar la finalidad para la que se creó la Directiva, de modo que siempre que se interprete alguna excepción o restricción deberá tenerse en cuenta la finalidad de la Directiva y los principios en los cuales se inspira.

Resulta de interés plantearse si el abogado general también incluye los instrumentos convertidos (como excepción debido a la Directiva 2014/59/UE), transmiti-

dos, pero no amortizados. Los instrumentos de capital de nivel 2[48], a consecuencia del aumento de capital, fueron convertidas en acciones de nueva emisión. A su vez, estas nuevas acciones fueron transmitidas al Banco Santander como consecuencia de la resolución del Banco Popular[49]. Desde el punto de vista ofrecido por una interpretación literal de los argumentos sostenidos por el abogado general podrían postularse ambas interpretaciones. Con el fin de comenzar analizando la imposibilidad de reclamación de aquellos instrumentos convertidos, pero no amortizados el apoyo se encuentra en los siguientes argumentos, así como sus inconvenientes. La doble mutualización pretendida a través del sistema conduciría al a imposibilidad de ejercitar una acción de responsabilidad basada en la Directiva 2003/71 con posterioridad a la decisión de resolución (considerando 80). El problema del artículo 60.2.b de la Directiva 2014/59/UE, tal como se dijo con anterioridad es que no se refiere a instrumentos convertidos, pero ya se apuntó *ut supra* que una interpretación conforme debería entender que también no subsistirá responsabilidad para el caso de instrumentos convertidos, pero no amortizados. Que se permita al titular del instrumento de capital convertido, pero no amortizado hacer uso de la acción de responsabilidad u otra acción supondría poner en riesgo el equilibrio, que, en principio, se ha logrado a través del mecanismo de resolución. Cerrando este tema podría alegarse también el considerando 83 y 84 del abogado general, en lo que se refiere a que los anteriores titulares no pueden tener derecho alguno sobre los activos transmitidos o, que aquellos cuyas acciones han sido canceladas no pueden ejercitar frente al adquirente ningún derecho sobre los activos transmitidos.

Por otro lado, en la Resolución de 7 de junio del FROB se dijo: "*En cumplimiento de lo anterior la norma establece una clara prelación de créditos en el marco de la resolución estableciendo que se ha de garantizar que los titulares de acciones ordinarias, los titulares de instrumentos de capital adicional de nivel 1 y nivel 2 absorban las pérdidas correspondientes antes de que se adopte cualquier otra medida de resolución*[50]". Para después concluir que: "*Así, los titulares de las acciones de Banco Popular, los titulares de instrumentos de capital adicional de nivel 1 y los titulares de instrumentos de capital de nivel 2 deberán asumir las pérdidas generadas en la entidad puestas de manifiesto tanto en la valoración económica negativa de la misma como en el precio ofrecido en el marco de la implementación del instrumento de venta de la entidad, mediante un proceso competitivo transparente, y no discriminatorio*[51]".

Por último, se debe resaltar de la Resolución de 7 de junio del FROB que una vez convertidos los instrumentos de capital de nivel 2 en acciones de nueva sociedad no existían accionistas de la sociedad[52].

Otro dato a considerar es la Resolución de la JUR de 17 de marzo de 2020. En esta resolución, como ya se sabe, se analiza la potencial compensación de los accionistas y acreedores. Respecto de los instrumentos de nivel 2 se dice que estos fueron valorados en el tercer informe de *Deloitte*, incluyéndolos dentro de la categoría de accionistas o acreedores afectados. Igualmente se analizó el trato que hubieran recibido estos instrumentos dentro de un procedimiento de liquidación ordinario[53].

También es cierto que existen otros preceptos que permiten seguir planteando las dudas a las que se llega a través de la cuestión prejudicial primera. Este precepto sería el art.22.1 del Reglamento (UE) nº806/2014 de 15 de julio: "*…y esta medida de resolución suponga pérdidas a cargo de los acreedores o la conversión de sus créditos…*". De seguirse el tenor literal del precepto la conclusión a la que se

llegaría sería que la conversión no equivaldría a la asunción de pérdidas. Claro, pero para que pueda llegar a hablarse de un crédito en este caso ¿debería estar este vencido y exigible[54]?

Sobre la segunda cuestión prejudicial en el año 2010 se adquirieron unas participaciones preferentes, las cuales fueron canjeadas, en el año 2012, por bonos subordinados convertibles, que finalmente se canjearon por acciones en el año 2014. El demandante también adquirió en el año 2016 acciones a consecuencia de la ampliación de capital. Dice el TS: "*en qué medida la Sra. C., cuando se produjo la decisión de resolución de Banco Popular, perdió la legitimación para reclamar frente a la entidad que le sucedió, Banco Santander, las consecuencias o efectos derivados de la declaración de nulidad de la adquisición de las participaciones preferentes[55]*". La decisión que se suscita respecto de este asunto versa sobre si, conforme a la Directiva 2014/59/UE puede entenderse que las preferentes convertidas en subordinadas y con posterioridad en acciones son o no un pasivo devengado. Y termina el TS: "*La decisión sobre si los pasivos que pudieran derivar de la eventual nulidad de la adquisición de las participaciones preferentes (convertidas en deuda subordinada y luego en acciones, antes de la decisión de resolución de Banco Popular) constituyen «pasivos ya devengados» a los que se refiere la exclusión de los efectos liberatorios de la amortización contenida en el artículo 60.2.b) Directiva 2014/59, o son obligaciones o reclamaciones ya vencidas en el momento de la Decisión de resolución a que se refiere el artículo 53.3 Directiva 2014/59, condiciona el reconocimiento de legitimación para ejercitar la acción que ejercita la Sra. C. frente a Banco Santander, cuya estimación está pendiente del recurso de casación que este Tribunal tiene que resolver[56]*". Si se recapitula, tanto en las conclusiones del abogado general como en la sentencia de 5 de mayo de 2022 un hecho que significaba asumir las pérdidas era tener la condición de accionista en el momento de la resolución. Si se observa la cuestión desde ese prisma, en este supuesto se cumple dicha cualidad, con lo cual, resultaría aplicable la conclusión sobre la especialidad de la Directiva 2014/59/UE y las consecuencias de esta sobre los sucesos anteriores a la resolución.

De la última cuestión prejudicial interesa saber que se adquirieron unos bonos subordinados canjeables por obligaciones subordinadas[57]. A su vez, estos se convirtieron en acciones en el año 2012. Se específica que: "*En el caso del litigio principal a que se refiere esta petición de decisión prejudicial, los bonos convertibles vencieron el mismo día de su conversión en acciones, por tanto, antes del inicio del procedimiento de resolución del Banco Popular[58]*". Por último, conviene mencionar el siguiente extracto al que se refiere la demandante: "*las acciones ejercitadas no versan sobre la nulidad o indemnización de daños y perjuicios derivados de la comercialización directa de las acciones de Banco Popular, sino de la comercialización de bonos no afectados por la resolución; (ii) el daño sustancial sufrido (pérdida del valor de la inversión) se produjo antes de la resolución del Banco Popular (en el momento de la resolución las acciones del Banco Popular ya habían perdido la mayor parte de su valor)*". En principio, nada impediría aplicar las conclusiones mencionadas en relación a la segunda cuestión prejudicial. Hay que recordar que en este supuesto también se cumple un requisito esencial de la doctrina del TJUE, que se resume en que los afectados tenían la condición de accionistas en el momento de la resolución. Con lo cual, en principio, no habría problema en aplicar la primacía del Derecho de la Unión, como dice la nota 35.

Basta recordar que tales cuestiones prejudiciales, en principio, podrían afectar a lo que el TJUE se refiere como: "*Tales acciones cuestionarían toda la valoración en la que se basa la decisión de resolución, puesto que la composición del capital forma parte de los datos objetivos de dicha valoración*[59]".

Para finalizar, se procederá a traer a colación una serie de opiniones de la doctrina sobre el asunto. VILLARUBIA GONZÁLEZ interpreta que la sentencia del TJUE ha traído como consecuencias un cierre de puertas en relación con cualquier posible reclamación, de modo que asevera: "*se establece una base para el futuro, en la cual, no cabrá reclamación de ningún tipo frente al sucesor de un procedimiento de resolución, salvo en el supuesto de resarcimiento en caso de pérdidas superiores respecto a un procedimiento de liquidación ordinario*[60]".

BUENOSVINOS GONZÁLEZ extrae un hecho relevante de las conclusiones del abogado general, dice: "*que al existir una falta de legitimación del accionista frente a la entidad ésta abarca cualquier acción, bien sea de nulidad o de cualquier otro tipo de responsabilidad*[61]".

La siguiente opinión debe considerarse sobre los sujetos que adquirieron bonos u obligaciones subordinadas obligatoriamente convertibles en acciones, y los que compraron participaciones preferentes que acabaron convirtiéndose en acciones. Manifiesta BUENOSVINOS GONZÁLEZ que dichos canjes se produjeron con anterioridad a la resolución del año 2017, con lo cual, dichos sujetos eran ya accionistas por derivación de la adquisición de un producto financiero. Se plantea aquí un dilema que consiste en si es aplicable la doctrina del TJUE. Es decir, la distinción se basaría en que se pretende la anulación por error de unas obligaciones subordinadas y no de las acciones o de responsabilidad por folleto respecto de la comercialización de estas últimas[62].

ZUNZUNEGUI PASTOR dice que: "*el sistema financiero es un sistema sustentado en la confianza. Contraponer la protección del inversor a la estabilidad es absurdo. Sin protección del inversor se daña la confianza en el sistema y quiebra la estabilidad de sistema. Por esta razón llama la atención que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea contraponga estos principios con el fin de justificar la supresión del derecho a ser indemnizado por parte de los inversores que habían suscrito acciones con folleto falso"*[63].

VIII. CONCLUSIONES

I. La interpretación de la Directiva 2014/59/UE deja claro que en los procesos de resolución de entidades serán los accionistas quienes deban soportar las pérdidas en primer lugar, siguiéndoles los acreedores de la entidad. Lo anterior debería reforzar el objetivo por el cual se pretende lograr la continuidad de la entidad y que no se produzca un efecto contagio en el sistema financiero.

II. Ahora bien, los accionistas y los acreedores no asumirán pérdidas mayores que las que deberían de sufrir en un proceso de insolvencia ordinario. Tampoco se verán afectados por tales medidas los importes principales o el importe pendiente de un pasivo que haya vencido en el momento en el cual se ejercitan las competencias de resolución, de modo que, si estos no

hubieran vencido, la consecuencia consistiría en que se entenderán liberados a todos los efectos.

III. Las otras posibles vías de recurso con las cuales, en principio, cuentan los afectados, a la vista de lo acontecido, se puede afirmar que estas no podrían dar lugar a las pretensiones de los accionistas.

IV. La Directiva 2014/59/UE tiene el carácter de norma especial, de modo que a través de su contenido y excepciones se permite desplazar a otras normas que pudieran afectar a la finalidad de esta Directiva. Claro ha sido el ejemplo del desplazamiento de la protección, que en casos de normalidad, ofrece la Directiva 2003/71/CE.

V. En principio, las cuestiones prejudiciales planteadas por el TS correrán la misma suerte que la segunda cuestión prejudicial de la AP A Coruña. Pues de darse una solución distinta, de entrada, podría conducir a cuestionarse el resultado pretendido a través del proceso de resolución del Banco Popular. Además, tales supuestos se caracterizan en que los sujetos afectados tienen la condición de accionista en el momento de la resolución de la entidad.

IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES Y DECISIONES

- STS 1214/2023 de 26 de julio.
- STS 1212/2023 de 25 de julio.
- STS 1135/2023 de 11 de julio.
- STJUE de 5 de mayo de 2022, asunto C-410/20.
- CONCLUSIONES del abogado general SR. JEAN RICHARD DE LA TOUR presentadas el 2 de diciembre de 2021 en el asunto C-410/20.
- Decisión de la Junta Única de RESOLUCIÓN de 17 de marzo de 2020 por la que se determina la potencial concesión de una compensación a los accionistas y acreedores de Banco Popular Español S.A. sobre los que se adoptaron las medidas de resolución (SRB/EES/2020/52).
- Notice of the single resolution board of 2 August 2018 regarding its preliminary decision on whether compensation needs to be granted to the shareholders and creditors in respect of which the resolution actions concerning Banco Popular Español S.A. have been effected and the launching of the right to be heard process (SRB/EES/2018/132).
- Decision of the single resolution board in its executive sesión of 7 june 2017 concerning the adoption of a resolution scheme in respecto Banco Popular Español, S.a., (the "Institution") with a Legal Entity Identifier: 80H66LP-TVDLM0P28XF25, Addressed to FROB (SRB/EES/2017/08).
- Resolución de 7 de junio de 2017, de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, por la que se acuerda adoptar las medidas necesarias para ejecutar la decisión de la Junta Única de Resolución, en su sesión ejecutiva ampliada de fecha 7 de junio de 2017, por la que se ha adoptado el dispositivo de resolución sobre la entidad Banco Popular Español, SA, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 29 del Reglamento (UE) nº. 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la

resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) nº 1093/2010.

X. BIBLIOGRAFÍA

BUENOVINOS GONZÁLEZ, H. (2023). La responsabilidad contractual del sistema financiero: especial estudio al caso del Banco Popular español S.A. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Nº18, febrero.

CARRASCO PERERA, Á. (2022). El culebrón de la OPV del extinto Banco Popular. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº983.

COLINO MEDIAVILLA, J.L. (2022). La resolución del Banco Popular y la STJUE en el asunto C-410/20. *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, Nº30.

GARCÍA VILLARUBIA BERNABÉ, M. (2022). Las pretensiones de indemnización de los accionistas por adquisición de los títulos. *Blog de Uría Menéndez* [En línea], disponible en:

LÓPEZ JIMÉNEZ, J.Mª. (2017). Banco Popular: el rescate interno ("bail-in") de un banco cotizado. *La Ley Mercantil,* Nº38, julio-agosto.

PERTÍÑEZ VILCHEZ, F. (2022). Resolución de entidades de crédito y extinción de las acciones de responsabilidad por incorrecta información del folleto y de anulación por vicio del consentimiento para quienes adquirieron acciones del Banco Popular mediante suscripción de oferta pública. Comentario a la STJUE de 5 de mayo de 2022 (asunto C-410/20). *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº121, enero-abril.

PERTÍÑEZ VILCHHEZ, F. (2022). El Tribunal de Justicia de la UE y la frustración de los accionistas del Banco Popular. *Centro de estudios de consumo* [En línea], 18 de octubre, disponible en:

https://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/El_Tribunal_de_Justicia_de_la_UE_y_la_frustraci%C3%B3n_de_los_accionistas_del_Banco_Popular.pdf

TAPIA HERMIDA, A.J. (2022). Desestimación íntegra de los recursos de anulación del dispositivo de resolución de Banco Popular mediante su venta al Banco Santander. Sentencias del Tribunal General de la UE de 1 de junio de 2022. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm 167, julio-septiembre.

VILLARUBIA GONZÁLEZ, J. (2022). La sentencia del TJUE de 5 de mayo de 2022, el final del recorrido de accionistas/inversores del Banco Popular. *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, Nº30.

VILLARRUBIAS GUILLAMENT, F., MIQUEL RODRÍGUEZ, J. (2018). Reflexiones a propósito del caso "Banco Popular" sobre la posición del accionista, *El Notario del Siglo XXI* [En línea], Nº80, disponible en: https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-80/8785-reflexiones-a-proposito-del-caso-banco-popular-sobre-la-posicion-del-accionista.

ZUNZUNEGUI PASTOR, F. (2022). Comentario a la sentencia del TJUE de 5 de mayo de 2022 que priva a los inversores que suscribieron acciones de Banco Popular con un folleto falso de su derecho a ser indemnizados. *Blog Hay Derecho* [En línea], disponible en: https://www.hayderecho.com/2022/05/09/no-hay-estabilidad-sin-confianza/

NOTAS

[1] En adelante, Banco Popular. Sobre el aumento de capital, véase el siguiente enlace de la publicación del Boletín Oficial del Registro Mercantil, https://www.boe.es/borme/dias/2016/05/27/pdfs/BORME-C-2016-5690.pdf.

[2] GARIJO, M., (2016). La debacle del Banco Popular: cronología de una crisis. *elDiario* [En línea], disponible en https://www.eldiario.es/economia/banco-popular-cronologia-crisis_1_3706868.html.

[3] En adelante JUR y BCE. Sobre la JUR se dice que: "*La Junta Única de Resolución (JUR) es la autoridad de resolución de la Unión Bancaria Europea. Es un elemento clave de la Unión Bancaria y de su Mecanismo Único de Resolución. Su misión consiste en garantizar la resolución ordenada de bancos en crisis con el menor impacto posible sobre la economía real y las finanzas públicas de los países de la UE participantes y terceros*", véase el siguiente enlace que contiene la definición de la JUR así como más información al respecto: https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/search-all-eu-institutions-and-bodies/single-resolution-board-srb_es. Por otro lado, también conviene tener en cuenta la página oficial de la JUR (*Single Resolution Board* en inglés, cuya sigla es SRB). Más información en: https://www.srb.europa.eu/en/content/banco-popular.

[4] Dicha comunicación se produjo el día 6 de junio de 2017. Véase para ello el antecedente de hecho segundo de la Resolución de 7 de junio de 2017, de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, por la que se acuerda adoptar las medidas necesarias para ejecutar la decisión de la Junta Única de Resolución, en su sesión ejecutiva ampliada de fecha 7 de junio de 2017, por la que se ha adoptado el dispositivo de resolución sobre la entidad Banco Popular Español, SA, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 29 del Reglamento (UE) nº. 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) nº 1093/2010. En adelante Resolución de 7 de junio de 2017 del FROB.

[5] Sobre la resolución, debe tenerse en cuenta que esta se diferencia de una liquidación de una entidad financiera en lo que sigue: en la liquidación el tipo de proceso a seguir se trata de un concurso, en la resolución, un proceso administrativo singular, especial y completo; las liquidaciones están básicamente orientadas a entidades de tamaño reducido, mientras que con carácter general la resolución para las entidades de tamaño amplio; desde un punto de vista temporal la liquidación es más larga y extensa, mientras que la resolución se caracteriza por ser un proceso rápido; respecto de las razones de uso de uno y otro, para la liquidación el argumento proviene de la defensa del interés público, en la resolución, del interés público y estabilidad financiera. VILLARUBIA GONZÁLEZ, J. (2022). La sentencia del TJUE de 5 de mayo de 2022, el final del recorrido de accionistas/inversores del Banco Popular. *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, Nº30, pg.2.

[6] En adelante Reglamento (UE) nº806/2014 de 15 de julio.

[7] La decisión de la JUR se encuentra disponible en una versión no confidencial, versión en la cual se omiten ciertos datos. Véase para ello: Decision of the single resolution board in its executive sesión of 7 june 2017 concerning the adoption of a resolution scheme in respecto Banco Popular Español, S.a., (the "Institution") with a Legal Entity Identifier: 80H66LPTVDLM0P28XF25, Addressed to FROB (SRB/EES/2017/08). Una visión crítica y que achaca una falta de transparencia en el procedimiento de resolución puede encontrarse en VILLARUBIA GONZÁLEZ, *op.cit*., pgs.4, 8 y 22. En adelante, Decisión de 7 de junio de la JUR.

[8] Este hecho viene recogido en la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, concretamente en su art.2.1.d. Esta Ley supuso la transposición de la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la

que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) n ° 1093/2010 y (UE) n ° 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo Texto pertinente a efectos del EEE. En adelante, Ley 11/2015 de 18 de junio y Directiva 2014/59/UE.

[9] Esta idea aparece en el art.15 del Reglamento (UE) nº806/2014 de 15 de julio, en el art.4 de la Ley 11/2015 y en el art.34 de la Directiva 2014/59/UE. *Vid.* página 55472 y 55473 de la Resolución de 7 de junio de 2017. LÓPEZ JIMÉNEZ habla de la sustitución de rescates externos o con fondos públicos (bail-out) por los arreglos internos en cada entidad (bail-in). LÓPEZ JIMÉNEZ, J.Mª. (2017). Banco Popular: el rescate interno ("bail-in") de un banco cotizado. *La Ley Mercantil,* Nº38, julio-agosto, pg.2.

[10] *Ibidem*, pg.55473. Sobre el proceso seguido para la amortización y conversión, véanse las pgs.55473 a 5547.

[11] BUENOSVINOS GONZÁLEZ se refiere a estos bonos como un producto financiero perpetuo, sin plazo de vencimiento, pudiendo el banco amortizar totalmente y nunca los títulos de forma unilateral, incluso anticipadamente antes del séptimo año. Sobre cómo funcionaba la remuneración de estos bonos, al no ser el objeto de análisis de este comentario, se remite al enlace contenido en la nota Nº13. BUENOVINOS GONZÁLEZ, H. (2023). La responsabilidad contractual del sistema financiero: especial estudio al caso del Banco Popular español S.A. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Nº18, febrero, pg.1651.

[12] Pues ya existen precedentes en relación a las renuncias de acciones y las consecuencias de una falta de transparencia en el ofrecimiento de una contrapartida, siendo el caso más paradigmático el de las cláusulas suelo. Aunque algunos autores calificaron la actuación del Banco Santander como algo digno de mención (no obstante, los mismos criticaron el proceso de resolución, así como la naturaleza de la transmisión). VILLARRUBIAS GUILLAMENT, F., MIQUEL RODRÍGUEZ, J. (2018). Reflexiones a propósito del caso "Banco Popular" sobre la posición del accionista, *El Notario del Siglo XXI* [En línea], Nº80, disponible en: https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-80/8785-reflexiones-a-proposito-del-caso-banco-popular-sobre-la-posicion-del-accionista.

[13] Sobre la comunicación informativa del Banco Santander y su intención de ofrecer unos Bonos de Fidelización conviene hacer una remisión al siguiente enlace: https://www.santander.com/es/accionistas-e-inversores/informacion-general/historico-operaciones-corporativas/adquisicion-banco-popular/bonos-de-fidelizacion/oferta-publica-de-venta-bonos-de-fidelizacion-en-espana/informacion-mportante. En la página a la cual remite el enlace se adjuntan una serie de documentos interesantes que permiten hacerse una idea del concepto de los Bonos de Fidelización, así como todo el proceso seguido hasta la suscripción de estos. Por otro lado, en la *web* del Banco Santander puede encontrarse contenido respecto a todo el proceso, así como las distintas resoluciones y comunicaciones que ha habido; *v.gr* del FROB, de la JUR, de la Comisión Europea, del BCE, etc. Para ello consulte el siguiente enlace: https://www.santander.com/es/sala-de-comunicacion/adquisicion-banco-popular.

[14] Aunque ha de decirse que esa tendencia fue cambiando en la jurisprudencia. BUENOSVINOS GONZÁLEZ, *op.cit.*, pg.1658.

[15] Por otro lado, destaca este autor la dificultad que hubo a la hora de probar el nexo causal entre la pérdida y el perjuicio para las ampliaciones de capital del año 2012 y 2014; también pone de manifiesto los obstáculos para las reclamaciones cuyas adquisiciones se hicieron de manera directa en La Bolsa. BUENOSVINOS GONZÁLEZ, *op.cit.,* pgs.1653 y 1654. Sobre la adquisición en el mercado secundario GARCÍA VILLARUBIA BERNABÉ, con cita de jurisprudencia del TS, dice que la entidad no tiene legitimación pasiva, respecto de acciones de anulabilidad, debido que el contrato se celebró entre el inversor y el anterior titular de estos títulos. GARCÍA VILLARUBIA BERNABÉ, M. (2022). Las pretensiones de indemnización de los accionistas por adquisición de los títulos. *Blog de Uría Menéndez* [En línea], disponible en: https://www.uria.com/es/publicaciones/7769-las-pretensiones-de-indemnizacion-de-los-accionistas-por-la-adquisicion-de-titul.

[16] En otras palabras, la información falsa que no reflejaba el estado de la entidad bancaria se remitió mediante folleto con anterioridad a que el inversionista adquiriera la condición de accionista, no adquiriendo dicha cualidad hasta la adquisición de las acciones. *Ibidem*, pg.1656.

[17] STJUE de 5 de mayo de 2022, asunto C-410/20, en adelante, STJUE de 5 de mayo de 2022. Conviene recordar que los demandantes adquirieron acciones del Banco Popular en el año 2016 a consecuencia de la ampliación de capital. Por otro lado, la demanda se interpuso sobre la base de error existente por haberse proporcionado información contable y patrimonial de forma incompleta e inexacta en el folleto publicado. También, en su caso, se pidió la nulidad por dolo, habiéndose esgrimido los mismos errores que para el error.

[18] Y así se planteó como duda por la AP, de modo que hubo de interpretarse si las normas y principios que rigen la resolución de entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión debían prevalecer frente al criterio recogido en dicha sentencia. Véase el considerando Nº23 de la STJUE 5 de mayo de 2022.

[19] Por último, alude a la conexidad entre el Reglamento (UE) nº806/2014 de 15 de julio y la Directiva 2014/59/UE, de modo que la interpretación de la Directiva resulta extrapolable al Reglamento.

[20] En adelante, Directiva 2001/31/CE.

[21] Considerando 43 de las Conclusiones del abogado general. También se deduce de la jurisprudencia que cita el abogado general, que en caso de ponderación entre los intereses públicos de protección de los inversores y de garantía del sistema financiera, no puede considerarse que el primero deba prevalecer sobre el segundo en todo caso (Considerando 47).

[22] Podría alegarse al respecto que la obtención de indemnización mediante esta vía resulta una utopía, pues cómo se obtendría una indemnización de los órganos administrativos, sí ya la sociedad fue absorbida por fusión por otra sociedad.

[23] Dice VILLARRUBIA GONZÁLEZ que la liquidez es un concepto distinto de la solvencia. El primero mide la capacidad de hacer frente a obligaciones a corto plazo, mientras que la solvencia mediría la capacidad de hacer frente a obligaciones a largo plazo. VILLARRUBIA GONZÁLEZ, *op.cit.,* pg.7.

[24] La información relativa a las cinco sentencias del Tribunal General de la Unión Europea ha sido extraída del trabajo y comentario de TAPIA HERMIDA, A.J. (2022). Desestimación íntegra de los recursos de anulación del dispositivo de resolución de Banco Popular mediante su venta al Banco Santander. Sentencias del Tribunal General de la UE de 1 de junio de 2022. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm 167, julio-septiembre, pgs.233-240. Como ha podido observarse dichas sentencias son posteriores a las conclusiones del abogado general, así como también respecto del pronunciamiento del TJUE, que es de 5 de mayo de 2022.

[25] Puede consultarse una versión en español en el siguiente enlace: https://www.srb.europa.eu/es/content/la-jur-decide-que-no-se-requiere-compensar-los-accionistas-y-acreedores-de-la-resolucion. Debe precisare que en el documento se específica que el texto en lengua inglesa es el único auténtico. Cabe recordar que con carácter preliminar la JUR decidió y acordó que no correspondía una compensación a los acreedores y accionistas afectados. Véase el contenido de la decisión en este enlace: https://www.srb.europa.eu/system/files/media/document/srb_ees_2018_132_notice_of_the_srb_final.pdf.

[26] Decisión de la junta única de resolución de marzo de 2020…, *op.cit*., pg.9.

[27] Ahora bien, en el supuesto que se analiza esa justa indemnización provendrá de una comparativa concreta, comparativa entre la situación tras el proceso de resolución y aquella que se hubiera dado de seguirse un procedimiento de insolvencia ordinario.

[28] Debe tenerse en cuenta que en el art.20.16 del Reglamento (UE) nº806/2014 se establece: "*16. A fin de evaluar si los accionistas y acreedores habrían recibido mejor tratamiento si la entidad objeto de resolución hubiera iniciado un procedimiento de insolvencia ordinario, la Junta velará por que una persona independiente, según lo indicado en el apartado 1, realice una valoración lo antes posible una vez que se hayan realizado la medida o medidas de resolución. Esta valoración será distinta de la efectuada de conformidad con los apartados 1 a 15*".

[29] Sobre su concepto y funcionalidad se dice: "*Se utilizará para la resolución de los bancos en quiebra tras haberse agotado otras opciones, como el instrumento de recapitalización interna. El Fondo se financiará con las aportaciones del sector bancario. El FUR se constituirá durante un periodo de ocho años. Deberá alcanzar al menos el 1 % de los depósitos con cobertura de todas las entidades de crédito autorizadas en todos los Estados miembros de la unión bancaria. Su importe aproximado será de unos 55 000 millones de euros. La aportación de cada banco corresponderá a la proporción que represente su pasivo (excluidos los fondos propios y los depósitos con cobertura) respecto de los pasivos agregados (excluidos los fondos propios y los depósitos con cobertura) de todas las entidades de crédito autorizadas en los Estados miembros participantes. Las aportaciones se ajustarán de forma proporcional a los riesgos asumidos por cada entidad*". Más información en: https://www.consilium.europa.eu/es/policies/banking-union/single-resolution-mechanism/.

[30] Decisión de la Junta Única de Resolución de marzo de 2020…, *op.cit*., pgs.11 y 12.

[31] Convendría señalar que la JUR apuntó que: "*Sin embargo, el valorador no ha tenido en cuenta el impacto de la liquidación de la entidad, uno de los principales bancos de España, sobre el resto del sector financiero y la economía española, que podría haber contribuido al deterioro de las condiciones macroeconómicas y en consecuencia a una aún menor capacidad de recuperación en caso de un hipotético escenario de insolvencia*". Debe tenerse en cuenta que en la Directiva 2014/59 se menciona a lo largo de ingentes considerandos el objetivo de garantizar la estabilidad financiera, véase el considerando nº18, 24, 29, 41, 45, 49, 67, art.7.3, art.15.1.c, art.31.2.b, art.39.2.b, y un largo etcétera de considerandos y artículos no mencionados.

[32] *Ibidem*, pg.21.

[33] Sobre la referencia del abogado general a las posibles vías de indemnización o impugnación ha sido muy crítico VILLARUBIA GONZÁLEZ. El reproche consiste en que todas las vías mencionadas son inexistentes para aquellos que adquirieron la condición de accionistas a consecuencia de la ampliación de capital del año 2016. VILLARUBIA GONZÁLEZ, *op.cit*., pg.17.

[34] COLINO MEDIAVILLA es crítico con la argumentación, pues sostiene que el argumento del TJUE y del abogado general se hace como si hubiera habido una recapitalización interna, pero lo que en verdad hubo fue una venta de negocio para cuya ejecución se debió de absorber previamente las pérdidas para que el precio de la compraventa fuera igual a un euro. COLINO MEDIAVILLA, J.L. (2022). La resolución del Banco Popular y la STJUE en el asunto C-410/20. *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, Nº30, pg.3. Al contrario, BUENOSVINOS GONZÁLEZ sostiene que hubo una recapitalización interna. BUENOSVINOS GONZÁLEZ, *op.cit*., pg.1662

[35] Y es que en el considerando 93 parece atribuir a la nulidad, para este caso, un carácter constitutivo y no declarativo, puesto que manifiesta que el efecto retroactivo de la nulidad solo se producirá una vez concluido el procedimiento judicial. Crítico en relación con la respuesta ofrecida respecto de la nulidad ha sido CARRASCO PERERA, aunque el autor manifiesta que la solución y doctrina propuesta por el abogado general es correcta. CARRASCO PERERA, Á. (2022). El culebrón de la OPV del extinto Banco Popular. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº983, pg.2. PERTÍÑEZ VILCHEZ también se pronuncia sobre este hecho y manifiesta que la cuestión de los efectos retroactivos de la nulidad conforme al derecho nacional excedería del ámbito de derecho comunitario. Ahora bien, deja una opinión interesante por cuanto afirma que "*aun en el hipotético caso de que un ordenamiento nacional contemplara entre las consecuencias de la nulidad la eliminación ex tunc de todos los efectos del contrato, incluida la condición de accionista de los demandantes, el principio de primacía a del derecho comunitario haría prevalecer la interpretación mantenida de los arts. 53.3 y 60.b de la Directiva 2014/59*". PERTÍÑEZ VILCHHEZ, F. (2022). El Tribunal de Justicia de la UE y la frustración de los accionistas del Banco Popular. *Centro de estudios de consumo* [En línea], 18 de octubre, disponible en:

https://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/El_Tribunal_de_Justicia_de_la_UE_y_la_frustraci%C3%B3n_de_los_accionistas_del_Banco_Popular.pdf. Dicha opinión se repite

en otro comentario del autor, el cual señala el acierto del TJUE al no entrar directamente a analizar el problema de la nulidad y los efectos restitutorios, materia esta que excedería las facultades del TJUE. De modo que el TJUE valiéndose del principio de primacía, sin entrar a analizar el problema de nulidad y efectos restitutorios, resuelve airosamente el dilema que aquello plantearía frente a la Directiva 2014/59/UE. Sí conviene mencionar que el autor hace crítica de las conclusiones del abogado general al respecto de la nulidad y los efectos restitutorios. PERTÍÑEZ VILCHEZ, F. (2022). Resolución de entidades de crédito y extinción de las acciones de responsabilidad por incorrecta información del folleto y de anulación por vicio del consentimiento para quienes adquirieron acciones del Banco Popular mediante suscripción de oferta pública. Comentario a la STJUE de 5 de mayo de 2022 (asunto C-410/20*). Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº121, enero-abril, pgs.118 y 119.

[36] VILLARUBIA GONÁLEZ discrepa por cuanto mantiene que la entidad sucesora lo es a título universal respecto de los derechos y obligaciones que tenía la entidad adquirida. VILLARUBIA GONZÁLEZ, *op.cit*., pg.17.

[37] Conviene apuntar que se ha criticado que el TJUE y el abogado general se haya referido conforme a estas normas a la amortización de acciones. Se ha precisado que los artículos 53.3 y 60.2 de la Directiva 2014/59/UE no regulan la amortización de acciones, sino que se refiere a los pasivos susceptibles de recapitalización interna y a los instrumentos de capital pendientes. COLINO MEDIAVILLA, *op.cit*., pg.4. ZUNZUNEGUI PASTOR mantiene que el art.53.3 no es aplicable a la responsabilidad por folleto, pues dichos sujetos actuarían como inversores defraudados y no como accionistas, de modo que específica que se llevó a cabo una interpretación extensiva vetada por las normas restrictivas de derechos. ZUNZUNEGUI PASTOR, F. (2022). Comentario a la sentencia del TJUE de 5 de mayo de 2022 que priva a los inversores que suscribieron acciones de Banco Popular con un folleto falso de su derecho a ser indemnizados. *Blog Hay Derecho* [En línea], disponible en: https://www.hayderecho.com/2022/05/09/no-hay-estabilidad-sin-confianza/.

[38] Este hecho se observaría de manera más nítida en el considerando 44. En este considerando se hace una manifestación clara por la cual se interpreta que la Directiva también desplazaría al Derecho nacional.

[39] Considerando 46.

[40] Considerando 52. Conviene precisar que una interpretación distinta ha sido propuesta por COLINO MEDIAVILLA. Para ello el autor se basa en la distinción entre accionistas e inversores. En primer lugar, defiende que los accionistas sean quienes deban soportar las pérdidas en el momento de la resolución de la entidad. En segundo lugar, dice que para los inversores que adquirieron sus acciones en el mercado de valores no existiría protección pues dicha compra se basó en el buen funcionamiento de este mercado. Por último, dice: "*quienes invirtieron en el mercado de valores en condiciones que no se correspondían con las exigidas legalmente para su buen funcionamiento tienen derecho a la protección atribuida por las normas que regulan su posición como inversor, sin que eso signifique que discutan la absorción de pérdidas imputada a la posición de socio mediante la amortización de acciones*". También precisa que en la venta de negocio, al establecerse su precio, se tuvo en cuenta la posibilidad de tales reclamaciones y los riesgos que aquello implicaría. COLINO MEDIAVILLA, *op.cit.*, pgs.5 y 6.

[41] La cantidad adquirida en euros fue de 99.685,28. Si se observa y se recuerda el contenido de la tabla, de haber suscrito el Bono de fidelización la compensación hubiera sido del 100%. No obstante, no debe olvidarse que el producto ofrecido puede considerarse de alto riesgo.

[42] Debe resaltarse que dicha acción se refería tanto a acciones adquiridas como consecuencia de la ampliación de capital, pero también a acciones adquiridas en el mercado secundario. Sobre las acciones adquiridas en el mercado secundario en la STS 1214/2023 de 26 de julio se dice que el demandante adquirió tales acciones no sobre la base de una oferta concreta del emisor, sino en la evolución de las acciones en el mercado secundario. La misma apreciación se resalta en la STS 1212/2023 de 25 de julio.

[43] Aunque como bien se ha observado dichas excepciones van más allá del Derecho de la Unión, afectando propiamente al Derecho de contratos nacional.

[44] El identificador del asunto es C-775/22.

[45] El identificador del asunto es C-779/22.

[46] El número de identificador es C-794/22

[47] Véase la página 12 del asunto C-775/22. El lector atento seguramente haya observado cierta similitud en el argumento utilizado y la cuestión prejudicial a la cual respondió la STJUE de 5 de mayo de 2022. Nuevamente se pretende basar la protección del adquirente en la pretendida nulidad de la suscripción del negocio inicial. Como se manifestó con anterioridad el TJUE desechó dicha posibilidad dada la especialidad y restricciones que operan dentro de un procedimiento de resolución.

[48] Sobre el concepto de instrumentos de capital nivel 2 hay que remitirse al art.63 del Reglamento (UE) nº 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) nº 648/2012.

[49] Véanse las páginas 55475, 55478, 55480 de la Resolución de 7 de junio de 2017 del FROB.

[50] Resolución de 7 de junio del FROB, *op.cit*., pg.55473.

[51] *Ibidem*, pg.55473.

[52] *Ibidem*, pg.5478.

[53] Resolución de la JUR de 17 de marzo de 2020, *op.cit.*, pgs.14, 18 y 20.

[54] Desde el punto de vista de la Directiva 2014/59/UE y la interpretación que se ella se ha hecho la respuesta debería ser que sí. Véase el art.53.3 de dicha Directiva (recuérdese que el precepto trata sobre recapitalización interna). Hay que remitirse también al considerando 15 de las conclusiones del abogado general.

[55] Asunto C-779/22, pg.8.

[56] *Ibidem*, pgs.12 y 13.

[57] Un matiz, que parece tener relevancia, es que los bonos subordinados no se correspondían con ninguno de los instrumentos de capital amortizado a consecuencia de la resolución. Ahora bien, como apunta el TS esos bonos ya se habían canjeado por acciones en el momento de la resolución. Asunto C-794/22, pg.10.

[58] *Ibidem*, pg.12. El TS precisa que en derecho español: "*En derecho español por «devengo» se entiende el momento en que nace el derecho a reclamar el cumplimiento de una obligación. Y por «vencimiento» la conclusión del plazo fijado para el cumplimiento de una obligación, a partir del cual ésta es exigible*". *Ibidem*, pg.14.

[59] Considerando 46 de la STJUE de 5 de mayo de 2022.

[60] VILLARUBIA GONZÁLEZ, *op.cit*., pg.22.

[61] BUENOSVINOS GONZÁLEZ, *op.cit.*, pg.1667.

[62] *Ibidem*, pg.1677.

[63] ZUNZUNEGUI PASTOR, *op.cit*.

1.7. Concursal

La segunda oportunidad para los empresarios en el marco del nuevo régimen de la exoneración del pasivo insatisfecho[1]

The second start for entrepreneurs under the new debts discharge system

por

GEORGINA ÁLVAREZ MARTÍNEZ
Prof. Permanente Laboral
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: En este estudio se delimita qué empresarios tienen acceso a la exoneración del pasivo insatisfecho a partir de lo previsto en el art. 486 del TRLC tras la Reforma de la Ley 16/2022 de 5 de septiembre, así como los itinerarios que pueden seguir para conseguirlo. Se traen a colación aportaciones recientes de la jurisprudencia menor.

ABSTRACT: The study defines which entrepreneurs have access to the discharge of debt under provisions of art. 486 of the TRLC after the Reform of Law 16/2022 of 5 September, as well as the routes that can be followed to achieve this. Recent contributions of minor jurisprudence are brought up.

PALABRAS CLAVE: segunda oportunidad, personas naturales, empresarios, deudor de buena fe, concurso de acreedores

KEYWORDS: discharge, second chance, natural person, entrepreneurs, good faith debtor, bankruptcy, insolvency proceeding

SUMARIO: I. LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO (EPI): ART. 486 TRLC. II. DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN (SUBJETIVO): II.1. Deudor persona natural, empresarios o no. II.2. En los términos y condiciones previstos en el TRLC. II. 3. Siempre que lo sean de buena fe: sustitución de un sistema de EPI basado en la capacidad de pago por un sistema de mérito. III. ITINERARIOS DE EPI: CON SUJECIÓN A UN PLAN DE PAGOS O CON LIQUIDACIÓN DE LA MASA ACTIVA. III.1. Con sujeción a un plan de pagos. III.2. Con liquidación de la masa activa (Exoneración directa). IV. ESPECIALIDADES EN LA EXONERACIÓN DEL PASIVO

INSATISFECHO DE LOS DEUDORES MICROEMPRESAS. V. CONCLUSIONES. VI. RELACIÓN DE RESOLUCIONES CITADAS. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO (EPI): ART. 486 TRLC.

Nadie está exento de un fracaso empresarial o de la mala suerte, pero si puede estar en mejores o peores condiciones de remontar según cómo sean de gravosas las consecuencias del infortunio. Si lo que fracasa es un tipo de empresa que representa más del 90% del tejido empresarial de un país —así las micro, pequeñas y medianas empresas en el mercado español[2]—, junto a la tutela de los intereses privados afectados, emerge un interés público en evitar todo lo antes que se pueda la insolvencia o, no pudiéndolo, en limitar sus efectos negativos, entre otros medios, a través de la exoneración de las deudas. Con este fin, el principal objetivo de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia) es garantizar que las empresas y empresarios viables que se hallen en dificultades financieras, por un lado, tengan acceso a marcos nacionales efectivos de reestructuración preventiva que les permitan continuar con su actividad y, por otro, que los empresarios de buena fe insolventes o sobreendeudados puedan disfrutar de la plena exoneración de sus deudas después de un período de tiempo razonable, lo que les proporcionaría una segunda oportunidad[3]. A efectos de llevar a cabo la transposición de esta Directiva, y atendiendo a los citados objetivos, la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de Reforma al Texto Refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo (en adelante la Reforma al TRLC 2022), ha introducido en el ordenamiento jurídico español los denominados planes de reestructuración —conformando un nuevo libro segundo— y ha configurado un nuevo procedimiento de segunda oportunidad, que amplía la relación de deudas exonerables e incorpora la posibilidad de exoneración sin liquidación previa del patrimonio del deudor, permitiendo así que este conserve su vivienda habitual y sus activos empresariales[4].

Dejando a un lado los planes de reestructuración, este trabajo tiene por objeto delimitar a partir del art. 486 del TRLC qué empresarios tienen acceso a esta segunda oportunidad, *discharge, second start o fresh start* en el ordenamiento jurídico español, y qué itinerarios tienen para conseguirlo, trayendo a colación algunas resoluciones recientes de la jurisprudencia menor.

II. DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN (SUBJETIVO).

Antes de precisar los sujetos legitimados a solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho, cabe advertir que la Reforma al TRLC de 2022 ha modificado la rúbrica de la institución, prescindiendo del término "beneficio" y aludiendo directamente a la "exoneración del pasivo insatisfecho". La supresión del término ha

sido entendida como un verdadero cambio de paradigma a la hora de interpretar la nueva regulación de la EPI, que pasaría a concebirse como un verdadero derecho del deudor con las siguientes implicaciones: interpretación restrictiva de las excepciones e inversión de la carga probatoria, resultando los acreedores obligados a probar los hechos impeditivos, y no el deudor su derecho a la exoneración[5]. Acoge esta concepción la SJMer nº 1 de Murcia nº 53/2023 de 23 de junio[6].

II.1. "Deudor persona natural, empresarios o no".

Conforme el art. 486 TRLC tienen derecho a la exoneración del pasivo insatisfecho quienes sean deudores personas naturales, empresarios o no, según los términos y condiciones establecidos en el propio TRLC, y siempre que lo sean de buena fe.

Como se ve, en primer lugar, el legislador español ha optado por considerar a la persona natural como destinataria de la regulación de la EPI, disponiendo, por tanto, el mismo procedimiento de exoneración de deudas para empresarios y consumidores. Hay que subrayar que el art. 20 de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia dice que "los Estados miembros velarán por que los empresarios insolventes tengan acceso al menos a un procedimiento que pueda desembocar en la plena exoneración de deudas", recomendando su aplicación también a los consumidores, en el plazo más breve posible, atendiendo a "que a menudo no es posible establecer una distinción clara entre las deudas del empresario derivadas de su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional y aquellas en que haya incurrido fuera del marco de esas actividades". (Considerando 21 de la Directiva[7])[8]. En el régimen anterior, el legislador español ya había centrado su atención en la persona natural, tanto en la redacción originaria del art. 486 TRLC, como en el art. 178 bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC) añadido por el RDL 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social (posteriormente tramitado como proyecto de ley y dando lugar a la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social), así como también en el art. 178 de la LC reformado por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores y su internalización, que introdujo en el ordenamiento jurídico español la exoneración de deudas[9].

El enfoque en la persona natural, empresaria o no, ha sido valorado positivamente por la doctrina[10], y se ha venido defendiendo también desde de instituciones internacionales[11]. Pero también, por otro lado, atendiendo al volumen actual de entrada de los procedimientos concursales de consumidores, y a las pocas solicitudes de concursos que respondan a proyectos empresariales fracasados, se ha cuestionado si realmente se está cumpliendo con el objetivo de la EPI, esta es, la recuperación del concursado para la vida económica, con el propósito de permitirle volver a emprender, sacando enseñanza de la crisis sufrida[12].

A consecuencia de esta primera delimitación del legislador, las personas jurídicas no podrán obtener la exoneración del pasivo insatisfecho a través de este mecanismo. No obstante, el deudor persona jurídica podrá, cumpliendo los requisitos legales, reducir su pasivo pendiente a través de un plan de reestructuración o

un convenio concursal, o un plan de continuación si el deudor fuese una microempresa en los términos previstos por el art. 685 del libro III del TRLC[13]. En estos casos, si el deudor no consigue convencionalmente la reducción del pasivo, se verá abocado a la liquidación. Finalizada la liquidación, y tratándose de personas jurídicas, en la resolución que acuerda la conclusión del concurso por tal motivo, el juez ordena el cierre provisional de la hoja abierta a esa persona jurídica en el registro público en el que figure inscrita (art. 485. 1 TRLC). Transcurrido un año desde que se hubiera acordado el citado cierre provisional sin que se haya producido la reapertura del concurso por aparición de nuevos bienes (art. 505 TRLC, en cuyo caso habrá que liquidarlos y pagar las deudas insatisfechas en el concurso previamente concluido), el registrador procederá a la cancelación de la inscripción de la persona jurídica, con cierre definitivo de la hoja y extinción de las deudas pendientes[14].

A pesar de esta exclusión legal de las personas jurídicas del régimen jurídico de la EPI, la segunda oportunidad que se les conceda a las personas naturales por esta vía, de alguna manera incide en la creación y/o mantenimiento de las pymes y microempresas personas jurídicas, en tanto, la financiación de esta actividad empresarial resulte o esté condicionada por una garantía otorgada por una persona natural[15].

Pues bien, a la luz de este primer requisito del art. 486 TRLC cabe preguntarse qué empresarios podrían cumplir con el mismo. Atendiendo a su condición jurídica y a su tamaño —conforme las estadísticas recientemente publicadas[16]— podrían cumplirlo las pymes sin asalariados (autónomos), y las pymes con asalariados pequeñas y microempresas[17]. De hecho, son sobre todo los autónomos quienes más han accedido al concurso de acreedores fundamentalmente por la búsqueda de la segunda oportunidad[18].

II.2. En los términos y condiciones previstos en el TRLC.

Además de "deudor persona natural", el art. 486 del TRLC exige el acceso a la exoneración del pasivo insatisfecho en "los términos y condiciones establecidos en esta Ley". El legislador vincula la EPI a la normativa concursal de tal manera que sólo podrán aspirar a él las pymes insolventes en el marco del concurso de acreedores, y las microempresas insolventes en el ámbito del procedimiento especial del Libro III del TRLC. La insolvencia, bien inminente o actual, en el concurso de acreedores, o también probable en el ámbito del procedimiento especial para microempresas, es un presupuesto ineludible en la solicitud de la exoneración, fuera de la cual está denegado el acceso. En la práctica, la conexión de la EPI con el presupuesto de la insolvencia, explica lo señalado respecto al incremento del número de concursos de acreedores de personas físicas (autónomos), especialmente a lo largo de los últimos dos años[19]. En el plano teórico, la concesión de la EPI en el marco del concurso o del procedimiento especial para microempresas ante una autoridad judicial, ofrece mayores garantías de protección a los derechos e intereses de los acreedores.

La Directiva sobre reestructuración e insolvencia habilitaba a los estados legisladores nacionales a ofrecer la EPI también al deudor "sobreendeudado", re-

mitiendo al derecho nacional la definición del concepto de insolvencia, pudiendo adoptar la forma de un "sobreendeudamiento" (considerando 1 y 73). El preámbulo de la Ley 16/2022 establece que "dada la singularidad que todo mecanismo de segunda oportunidad supone en cualquier sistema legal que, como el nuestro, consagra la responsabilidad del deudor con todos sus bienes y futuros para la satisfacción de sus deudas, se ha considerado oportuno seguir brindando la segunda oportunidad solo al deudor insolvente, sin extenderlo a deudores apenas aquejados, de momento, de sobreendeudamiento". El sobreendeudamiento, por tanto, no es relevante a efectos de acceder a la EPI, pero podría serlo en sede de calificación del concurso, así si mediando dolo o culpa grave del deudor, el sobreendeudamiento hubiese generado o agravado su estado de insolvencia (cfr. art. 442 TRLC). Esto causaría una excepción al acceso a la exoneración conforme el art. 487. 1. 3º[20]. A esta conclusión llega la AP de León (Sección 1ª), sentencia núm. 545/2023 de 25 de septiembre —confirmando la resolución de la primera instancia— en un caso en el que se le atribuye a la deudora persona física concursada culpabilidad en el sobreendeudamiento —por acumulación de préstamos— que desencadena la situación de insolvencia, y que no se acredita en una causa justificada, todo lo cual la sitúa —a la concursada— en el supuesto genérico de calificación culpable del art. 442 TRLC. Precisa esta AP que "la posibilidad de exoneración por sobreendeudamiento no condiciona la calificación del concurso; todo lo contrario: esta posibilidad está condicionada a la calificación del concurso"[21]. Por el contrario, en otro caso, la SJMer nº 4 de Alicante núm. 274/2023 de 5 de septiembre, tras exponer la evolución del régimen de la exoneración de deudas en el ordenamiento jurídico español, ha rechazado la oposición de una entidad financiera a la concesión de la EPI basada en la excepción prevista en el art. 487. 1. 6 que alude el comportamiento temerario o negligente de la concursada al tiempo de contraer el endeudamiento, al margen de una causa sobrevenida e imprevisible (conforme el citado artículo y numeral esta circunstancia es oponible "incluso sin que ello haya merecido sentencia de calificación del concurso como culpable") por entender, a partir de la valoración de lo previsto en las letras a), b) y c) del citado numeral 6, que el comportamiento financiero de la concursada, "más que temerario o negligente, fue desesperado y claramente inducido por su situación personal"[22], desestimando la aplicación de la excepción alegada.

Con estos antecedentes, cabe insistir en que la EPI está pensada para resolver los casos por insolvencia con causa en circunstancias imprevisibles o, las que siéndolo, son inevitables, excluyéndose un sobreendeudamiento activo del deudor en tanto podría poner en cuestión su buena fe[23].

II.3. Siempre que lo sean de buena fe: sustitución de un sistema de EPI basado en la capacidad de pago por un sistema de mérito.

El preámbulo de la Ley 16/2022 de Reforma al TRLC advierte que uno de los cambios más drásticos de la nueva normativa respecto al Derecho vigente es que se pasa de una EPI condicionada a la satisfacción de un determinado tipo de deudas (las deudas contra la masa y privilegiadas, e incluso un porcentaje de las ordinarias si el deudor no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo:

art. 488 TRLC anterior a la Ley 16/2022), a un sistema de exoneración por mérito en el que cualquier deudor puede exonerar todas sus deudas, salvo aquellas consideradas por la ley no exonerables (art. 489 TRLC. Extensión de la exoneración)[24], a condición de que satisfaga el estándar de buena fe en que se asienta el instituto. La buena fe del deudor sigue siendo —en palabras del citado preámbulo— una pieza angular en el instituto, y es puerta ineludible de acceso a la exoneración[25]. Y ello es así porque no es sino la buena fe la que concilia el derecho de los deudores a la exoneración con el recorte del derecho de crédito de los acreedores, evitando situaciones de riesgo moral, que podrían incentivar el incumplimiento de las obligaciones, si bien, tal como se verá, esto no es siempre fácil de conseguir, ni excluye del todo conductas oportunistas de los deudores[26]. Y es que, en última instancia, no es fácil diseñar un modelo de control de la conducta del deudor[27].

En esta ocasión el legislador español ha delimitado normativamente la buena fe —al menos es lo que explica en el Preámbulo a la Reforma del TRLC 2022— en línea con las recomendaciones de los organismos internacionales, aunque de manera negativa, por referencia a determinadas conductas objetivas que se relacionan taxativamente a modo de *numerus clausus* en el art. 487 TRLC y que excepcionan el acceso a la exoneración. Se ha señalado que, indirectamente, habría que incluir también en la relación de conductas que obstan el acceso a la EPI el art. 493.1.1 TRLCJ porque permite su revocación en caso de ocultación de bienes o ingresos[28]. Esto implicaría adelantar el análisis de esta causa de revocación al momento de la concesión, pudiéndose realizar también con posterioridad, como motivo de revocación a la EPI concedida. Como se ve, el legislador exige al deudor buena fe para entrar en el sistema y para mantenerse en él, sin delimitarla "positivamente", debiéndose presumir *iuris tantum* con carácter general —así lo ha señalado recientemente la SJMer núm. 1 de Murcia núm. 53/2023 de 23 de junio[29]— a menos que se pruebe que la conducta del deudor encaja en algunos de los supuestos de excepción[30], bien en la solicitud, bien a *posteriori*[31].

Junto a lo anterior, se han eliminado de los requisitos para poder gozar de la exoneración consistentes en que el deudor no haya rechazado una oferta de empleo en los cuatro años anteriores a la declaración del concurso (art. 493. 1 TRLC redacción original), así como haber celebrado, o al menos haber intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos (art. 488 TRLC redacción original). En relación con esta delimitación normativa de la buena fe, se ha observado que el art. 486 TRLC es el único que alude a ella con tal terminología, enumerándose luego una serie de excepciones que obstan el acceso a la EPI y, que, a menos que se entienda que la buena fe del deudor deriva a *contrario sensu* de estas excepciones — es lo que parece que se viene a decir en el Preámbulo a la Ley 16/2022— no cabría estrictamente afirmar que el legislador ha realizado una delimitación normativa de la buena fe[32]. En cualquier caso, como en la legislación anterior, la buena fe en el derecho concursal y más específicamente en el trámite de exoneración del pasivo insatisfecho, no se vincula al concepto general del art. 7.1 del C.C. —conforme lo ha confirmado la STS de 2 de julio de 2019—[33], estando ligada en el régimen actual a la inexistencia de las circunstancias impeditivas, cuya acreditación corresponde a los acreedores (Auto JMer núm. 2 Santander de 6 de noviembre de 2023), sin perjuicio de que el propio deudor en la solicitud de exoneración tras la liquidación de la masa activa deba manifestar que no se haya incurso en ninguna

de estas circunstancias (art. 501.3 TRLC) y de que el juez deba verificar de oficio —*test the discharge*— la concurrencia de los requisitos para la exoneración (art. 502 TRLC). Como se ve, tratándose de hechos negativos, el legislador exige "la manifestación", pero no la prueba del deudor. No obstante, la doctrina recomienda que el deudor aporte pruebas favorables a su EPI, así, por ejemplo, un certificado de antecedentes penales[34].

Pues bien, conforme la exposición de motivos de la Ley, y entendiendo que la buena fe del deudor se deriva a *contrario sensu* de las circunstancias previstas en el art. 487 del TRLC, el modelo adoptado por el legislador nacional para la valoración de la buena fe es "normativo"[35]. Sin embargo, de la lectura de estas circunstancias impeditivas puede decirse que el legislador no ha prescindido del todo de la valoración judicial en base a unos criterios objetivos. Nos estamos refiriendo a la prevista en el art. 487.1.6 TRLC que contempla que el deudor haya proporcionado información falsa o engañosa o se haya comportado de forma temeraria o negligente al tiempo de contraer endeudamiento o de evacuar sus obligaciones, incluso sin que ello haya merecido sentencia de calificación del concurso como culpable, y que deberá ser valorada por el juez conforme los criterios objetivos previstos en el precepto. Como se ve el apartado introduce un concepto valorativo de la buena fe, otorgando cierto margen de maniobra al juez en situaciones en las que, si bien el deudor no es un delincuente, ni actúa en el marco del dolo o la culpa grave propio del concurso, tampoco parece que es un deudor de buena fe[36]. Ahora bien, el margen de maniobra del juez para valorar esta situación está acotado a lo previsto en las letras a), b), c) y d) del precepto. Respecto a este acotamiento, se ha señalado que, si bien no es dañino, podría llegar a serlo si se interpreta como una relación cerrada o *numerus clausus*[37]. En nuestra opinión no puede descartarse esta interpretación más restrictiva porque el texto de la ley es bastante taxativo al ordenar que el juez "para determinar la concurrencia de estas circunstancias deberá valorar", omitiendo expresiones que sugieran más alternativas, así, "entre otras", o "en particular"[38].

Así las cosas, cabe interpretar que la buena fe del deudor tras la Reforma al TRLC será evaluada bajo un modelo preponderantemente normativo, con tasadas concesiones legales a favor de la valoración judicial. Es un modelo muy estricto para el deudor y está bien que sea así, para evitar alterar la cultura de pago. Además, debe tenerse en cuenta que para acceder a la EPI el régimen no impone ya la satisfacción de un mínimo de deudas, por lo que resulta oportuna una mayor y mejor valoración de la conducta del deudor, conforme a parámetros objetivos previstos normativamente —por exclusión o a *contrario sensu*— pero también, en algunos casos, sujeta a la apreciación judicial de circunstancias concretas. El rigor del sistema, al menos en este punto de acceso al proceso[39], se observa frente a la legislación anterior, e implica un recorte en las expectativas de algunos deudores que acuden al concurso con la exclusiva finalidad de la exoneración[40]. En efecto, se han ampliado los supuestos que excepcionan la obtención de la EPI[41], y, en algún caso, sin una clara relación con los fines de la institución, así, conforme al art. 487.1.2 TRLC respecto a quienes en los diez años anteriores a la solicitud de la exoneración hubiera sido sancionado por resolución administrativa firme por infracciones tributarias muy graves, de seguridad social o del orden social, o cuando en el mismo plazo se hubiera dictado acuerdo firme de derivación de

responsabilidad o, en el caso de infracciones graves, cuando la sanción exceda del cincuenta por ciento de la cuantía susceptible de exoneración por la Agencia Estatal de Administración Tributaria (esto es, que exceda de 5.000 euros, por su remisión al art. 489.1. 5º), salvo que en la fecha de presentación de la solicitud de exoneración se hubiera satisfecho íntegramente su responsabilidad[42]. En este impedimento el Anteproyecto exigía además una actuación dolosa del deudor y lo limitaba a infracciones muy graves, pero como se ve el texto definitivo prescinde de esta actuación dolosa y, bajo ciertos límites, se aplica también a las infracciones graves. Este supuesto de hecho de la norma ha sido objeto de crítica porque podría excluir de la EPI a los empresarios firmantes de actas en conformidad por razones de conveniencia (para evitar males mayores) en situaciones en las que el ilícito es cuestionable o inexistente[43]. Pueden citarse algunas resoluciones que aplican este supuesto de excepción, así: SJMer núm. 4 de Barcelona núm. 78/2023 de 18 de julio que desestima la petición de exoneración por haberse satisfecho la responsabilidad después de haber solicitado la EPI; SJMer núm. 3 de Barcelona núm. 90/2023 de 28 de julio y SJMer núm. 13 de Madrid núm. 78/2023 de 28 de septiembre que desestiman la exoneración frente a la existencia de infracciones tributarias graves que superan la cuantía susceptible de exoneración (art. 487.1. 2 segundo párrafo TRLC).

Por lo demás, y pese a esta restricción de acceso al proceso, es inevitable que por no encontrarse en ninguno de los supuestos legalmente previstos en el art. 487 TRLC, accedan a la EPI deudores que no se hayan comportado en la generación de la insolvencia de la manera más recta, e incluso hayan perjudicado deliberadamente los intereses de sus acreedores[44]. Ningún sistema es perfecto. Debe subrayarse que la Directiva sobre reestructuración e insolvencia autorizaba a los Estados miembros a conceder la EPI al deudor deshonesto o de mala fe, si bien bajo plazos más largos de exoneración (cfr. considerando núm. 8 y art. 23). Por ello, pese a que la solución del legislador español no excluya del todo conductas oportunistas de los deudores, en cualquier caso, resulta una solución más estricta que la contemplada en la cita Directiva[45].

III. ITINERARIOS PARA OBTENER DE EPI: CON SUJECIÓN A UN PLAN DE PAGOS O CON LIQUIDACIÓN DE LA MASA ACTIVA.

Otro de los hitos de la Reforma al TRLC de 2022 en este ámbito es que la realización de los bienes del deudor no es *conditio sine qua non* para acceder a la EPI, pudiendo el deudor proponer un plan de pagos del que resulte la exoneración sin haber liquidado previamente sus bienes.

Como se sabe, antes de esta Reforma era consustancial a la exoneración la liquidación del patrimonio del deudor (art. 486 TRLC redacción original). Tras esta liquidación había dos modalidades de *discharge,* no opcionales para el deudor, según el grado de satisfacción de los créditos obtenido con ella: el régimen general con el que obtenía la exoneración definitiva, si había abonado los créditos privilegiados, contra la masa, y el 25 % de los créditos ordinarios sólo si no había intentado el acuerdo extrajudicial de pagos pudiéndolo hacer; o, subsidiariamente, el régimen especial de exoneración por la aprobación de un plan de pagos si no

había conseguido satisfacer el umbral mínimo de pasivo (cfr. art. 493 TRLC redacción original), y con el que se comprometía a abonar los créditos no exonerables y la parte no exonerada de los créditos exonerables, convirtiéndose la exoneración provisional en definitiva tras el plazo fijado en el plan de hasta cinco años, y no se hubiese revocado el BEPI.

Pues bien, el sistema vigente ofrece al deudor "la facultad" de elegir entre dos alternativas (art. 486 TRLC)[46]: con sujeción a un plan de pagos, sin previa liquidación de la masa activa, o con liquidación de esta masa si la causa de conclusión del concurso fuera la finalización de la masa activa o la insuficiencia de esa masa para satisfacer los créditos contra la masa.

III.1. Con sujeción a un plan de pagos.

Esta modalidad, como se ha señalado, no exige la realización de la masa activa, ni siquiera la de aquellos bienes no necesarios para la actividad empresarial o profesional del deudor durante el plan de pagos, aunque estos últimos pueden ser objeto de cesión en pago (art. 496.2 TRLC). El hecho de que por esta vía se evite la liquidación del patrimonio, con todo lo que ello implica en las perspectivas de desarrollo de la actividad empresarial, desde luego es un gran incentivo para las pymes a acudir al concurso, tan pronto como adviertan la imposibilidad de reestructurar el pasivo preconcursalmente, y antes de que su patrimonio se haya deteriorado irreversiblemente[47]. Además, esta desconexión con la liquidación, permitiría relacionar esta vía de acceso a la EPI con el convenio, el plan de reestructuración, o el procedimiento especial de continuación del libro III del TRLC —a través de los cuales el deudor consigue también cierta exoneración de su pasivo— aunque con la diferencia de que el plan de pagos no está sujeta a la aprobación de los acreedores, que solo podrán realizar alegaciones previas y la impugnación es posterior a la aprobación del plan de pagos y a la concesión de la exoneración[48].

El deudor podrá presentar esta solicitud de exoneración en cualquier momento del procedimiento antes de que el juez acuerde la liquidación de la masa activa, debiendo aceptar en la solicitud que la concesión de la exoneración se haga constar en el Registro Público Concursal (art. 495. 1 TRLC). Esto implica que, si se ha abierto la fase de liquidación deberá procederse a la realización de todos los activos, y posteriormente el deudor podrá pedir la exoneración definitiva vía arts. 501 y 502 del TRLC. La literalidad de la norma parece no excluir la exoneración mediante plan de pagos cuando concurre causa legal de apertura de la fase de liquidación, mientras el juez no la hubiese acordado[49].

El plan de pagos se extenderá a la parte del pasivo exonerable que conforme el plan va a quedar insatisfecha y su duración será, con carácter general, de tres años —siguiendo la orientación del art. 21 de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia— pudiendo prolongarse a cinco si concurren determinadas circunstancias [cuando no se realiza la vivienda habitual o en los planes de pagos de prestaciones variables (evolución de la renta y recursos disponibles del deudor) art. 497 TRLC].

El contenido del plan de pagos deberá estar acomodado a las condiciones de renta e ingresos previsibles del deudor durante su plazo —debe tratarse de una

propuesta objetivamente viable de pagar los créditos que podrían exonerarse— y no podrá consistir en la liquidación total del patrimonio del deudor (art. 496. 2 TRLC). Una vez presentado por el deudor, el letrado de la administración dará traslado de la propuesta a los acreedores personados, a fin de que, dentro del plazo de diez días, aleguen cuanto estimen oportuno en relación con la concurrencia de los presupuestos y requisitos legales para la exoneración o respecto a la propuesta del plan de pagos presentada, pudiendo estos proponer medidas limitativas o prohibitivas de los derechos de administración o disposición del deudor, durante el plan de pagos.

Existan o no alegaciones, y con independencia de su contenido, transcurrido el plazo, el juez, previa verificación de la concurrencia de los presupuestos y requisitos establecidos en la ley, del contenido del plan de pagos, y de las posibilidades objetivas de que pueda ser cumplido, denegará o concederá la exoneración provisional mediante auto, y si la concede con la aprobación del plan de pagos en los términos de la propuesta, o con las modificaciones que estime oportunas, consten o no en las alegaciones de los acreedores (art. 498. 2. TRLC.). Como se ve, el juez se pronunciará sobre el contenido del plan sin verse condicionado ni por la propuesta del deudor, ni por las alegaciones de los acreedores[50]. Concedida la exoneración provisional y aprobado el plan, se otorga a los acreedores una nueva posibilidad de cuestionarla a través de la impugnación del plan de pagos (art. 498 bis TRLC). Si bien las causas de impugnación están tasadas en la ley, se ha planteado sino comportan una suerte de consentimiento encubierto de los acreedores, infringiendo la Directiva sobre reestructuración e insolvencia —considerando nº 74: "La presente Directiva no debe obligar a que el plan de pagos sea apoyado por una mayoría de acreedores—, descartándose que ello sea así por estar todas las causas ligadas a circunstancias objetivas, ajenas a la mera voluntad de apoyar o no el plan, salvo la prevista en el art 498 bis 3[51]. En efecto, la causa de esta última es la mera oposición por parte de los acreedores que representen más del ochenta por ciento de la deuda exonerable afectada por el plan, que el juez, no obstante, puede obviar atendiendo a las particulares circunstancias del caso, imponiendo el plan, pero si no lo hace, se impondrá la voluntad de los acreedores.

Desde la eficacia de la exoneración provisional cesan todos los efectos de la declaración del concurso, que serán sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio plan de pagos. La exoneración definitiva no hay que solicitarla, sino que se produce automáticamente por el transcurso del plazo siempre que no se haya ejercitado acción de revocación (art. 500.1 TRLC). La opción del deudor es reversible: el deudor que haya obtenido la exoneración provisional, pero no pueda obtener la definitiva (debido por ejemplo al incumplimiento del plan) podrá obtener la EPI mediante liquidación de la masa activa (art. 500 bis TRLC). Y también, si se hubiese revocado la exoneración provisional (art. 493 TRLC[52]) el deudor podrá igualmente solicitar la EPI con liquidación de la masa activa.

Por último, hay que señalar que el legislador español, acogiendo lo previsto en el Considerando 74 de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia ("Los Estados miembros deben poder permitir la posibilidad de ajustar las obligaciones de reembolso de los empresarios insolventes cuando se produzca un cambio im-

portante en su situación financiera, con independencia de que sea una mejora o un deterioro".) autoriza tras la eficacia de la exoneración provisional, solicitar al juez una modificación del plan de pagos, tanto al deudor como a los acreedores afectados por la exoneración, ante una alteración significativa de la situación económica del deudor.

III.2. Con liquidación de la masa activa (exoneración directa)

En esta modalidad la exoneración opera de forma inmediata, sin sometimiento a plazo de espera (como si permite el art. 21.1 b) de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia), a solicitud del deudor, admitiéndose únicamente como motivo de oposición —de los acreedores y de la administración concursal, conforme el art. 502.2 TRLC— la falta de alguno de los *presupuestos y requisitos legales* exigidos para la EPI[53]. Prevé por su parte el art. 502.1 que, si la administración concursal y los acreedores personados mostraren conformidad o no se opusieran a ella dentro del plazo legal, el juez del concurso, previa verificación de la concurrencia de los *presupuestos y requisitos* establecidos en el TRLC[54], concederá la exoneración del pasivo insatisfecho en la resolución en la que declare la conclusión del concurso. Nótese que el legislador, se refiere a la falta de alguno de los *presupuestos y requisitos legales* como motivos de oposición, y remite a ellos la verificación del juez, cuando en la regulación vigente tras la Ley 16/2022 no existen presupuestos y requisitos para el acceso a la EPI (pago de umbral mínimo, previo intento de un acuerdo extrajudicial de pagos), por lo que la expresión debe entenderse referida al control de las excepciones y prohibiciones para el acceso a la EPI de los arts. 487 y 488 TRLC, respectivamente. Así, el Auto JMer núm. 2 Santander de 6 de noviembre de 2023.

A pesar de la rúbrica del art. 501 TRLC "Solicitud de la exoneración tras la liquidación de la masa activa", este itinerario no se abre sólo cuando se han realizado los bienes en la fase de liquidación, sino también en el caso de concurso sin masa (art. 37 bis a 37 quinquies TRLC, y art. 501.1 TRLC)[55], y en el caso de concurso con masa en los que resulte la insuficiencia de esa masa, actual o sobrevenida, para satisfacer los créditos contra la masa (art. 501.2 TRLC). Por tanto, lo determinante para que se abra esta vía, no parece ser que haya habido o no liquidación, sino que el deudor conserve o no bienes o derechos con cuya realización podrían haberse satisfecho los créditos sin privilegio especial[56].

IV. ESPECIALIDADES EN LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO DE LOS DEUDORES MICROEMPRESAS.

Si el deudor, persona natural o jurídica, fuese una microempresa que lleve a cabo una actividad empresarial o profesional[57], en los términos previstos en el art. 685 TRLC, estando en insolvencia actual, inminente o probable, deberá someterse exclusivamente al procedimiento especial previsto en el libro III del TRLC, pudiendo en este optar por un procedimiento de continuación o de liquidación[58]. En una y otra opción, siendo deudor persona natural, expresamente el

legislador establece que podrán aspirar a la exoneración del pasivo insatisfecho conforme lo establecido en el libro primero, así, ante la frustración del plan de continuación (art. 700 TRLC), y una vez terminada la liquidación y distribuido el remanente (art. 715 TRLC), respectivamente. La coordinación entre las normas que regulan ambos procedimientos de insolvencia (el ordinario y el especial) con el régimen de exoneración del pasivo insatisfecho nos sugiere las siguientes reflexiones.

A diferencia de las pymes, y de los empresarios autónomos que no reúnan los requisitos del art. 685 TRLC, las microempresas podrían acceder a la EPI encontrándose en probabilidad de insolvencia (art. 686 TRLC).

El libro III no aclara si la petición del deudor y el régimen de traslados a los acreedores y a la administración concursal, en su caso, se realizan por el letrado de la administración de justicia, conforme el régimen general, o si se formalizarán mediante los modelos normalizados y la tramitación conforme al régimen de traslados específicos del libro III[59].

El fracaso del plan de continuación determina la apertura de la liquidación (por falta de aprobación, rechazo de la homologación por el juez, estimación de la impugnación de la homologación o su incumplimiento, art. 699 bis, 699 ter TRLC.) lo que podría privar al deudor de acceder a la exoneración provisional sometida a plan de pagos, debido a que, el régimen general exige su presentación antes de que el juez acuerde la liquidación de la masa activa, art. 495. 2 TRLC. Para evitar este recorte en los derechos del deudor microempresa, debería permitírsele añadir a la solicitud de apertura del procedimiento especial la petición subsidiaria de evitar la liquidación y de someterse al plan de pagos que proponga[60].

En el procedimiento especial la sección de calificación sólo se abre si se acuerda la liquidación del patrimonio del deudor (art. 716 TRLC. Calificación abreviada). Hay que recordar que el concurso culpable destruye la buena fe del deudor. Una microempresa podría eludir la liquidación y con ello una eventual calificación culpable, solicitando la exoneración provisional mediante plan de pagos. En estos casos, la valoración judicial de las circunstancias previstas en el art. 487.1 6ª TRLC es esencial para evitar que un deudor microempresa deshonesto acceda a la EPI[61].

El momento para presentar la solicitud de la exoneración por liquidación, dependerá de distintos escenarios en los que se pueda encontrar la microempresa. Sino se ha designado administrador concursal (no es preceptivo) el propio deudor podría solicitar la exoneración en el informe final de liquidación, pudiendo los acreedores formular oposición en el plazo de 10 días. Si se ha designado administrador concursal y concluyen las operaciones de liquidación dentro del plazo legal, el deudor podrá solicitar la exoneración dentro de los 10 días siguientes a la presentación del informe final por parte del administrador concursal. Si en uno u otro caso no se han podido liquidar los bienes en el plazo legal, las normas del procedimiento especial autorizan a que se sigan realizando pagos a través de la plataforma electrónica, a pesar de la conclusión del procedimiento. En este caso, resulta muy complicado coordinar estas normas con el régimen general de la exoneración total, porque hay que vincularla a la finalización "indefinida" de la liquidación gestionada por la plataforma.

V. CONCLUSIONES.

I. Por aplicación del art. 486 del TRLC y atendiendo al tejido empresarial español —según las recientes estadísticas publicadas— tienen derecho a la exoneración del pasivo insatisfecho las pymes sin asalariados (autónomos), pymes con asalariados pequeñas y microempresas, en tanto pueden cumplir con el requisito de ser personas naturales.

II. La EPI está sujeta a la normativa concursal, de tal manera que sólo pueden aspirar a ella las pymes insolventes en el marco del concurso de acreedores y las microempresas —autónomos también— en el ámbito del procedimiento especial del libro III del TRLC. Se excluye del régimen a los deudores sobreendeudados, sin perjuicio de que el sobreendeudamiento pueda ser valorado en la fase de calificación del concurso y causar una excepción a la exoneración conforme el art. 487.1.3º TRLC.

III. La puerta de acceso a esta segunda oportunidad es la buena fe del deudor que se presume *iuris tantum,* mientras no concurran alguna de las —múltiples— circunstancias excepcionales o impeditivas de los art. 487 y art. 493.1.1. TRLC., que deben ser acreditadas por los acreedores. Esto no excluye que el deudor aporte pruebas favorables a su EPI. La buena fe del deudor tras la Reforma al TRLC será evaluada bajo un modelo preponderantemente normativo con tasadas concesiones legales a favor de la valoración judicial y es exigible para ingresar y para mantenerse en el sistema. La valoración judicial de las circunstancias previstas en el art. 487.1.6º, junto a proporcionar mayor flexibilidad al sistema, compensa la falta control de la conducta del deudor, cuando no quepa la apertura de la fase de calificación en el concurso, así en el procedimiento especial de continuación del libro III, o en los concursos sin masa del art. 37 ter TRLC, evitando el acceso al proceso de deudores deshonestos.

IV. El deudor puede acceder a la EPI optando entre dos alternativas: con sujeción a un plan de pagos, sin previa liquidación de la masa activa, o con liquidación de esta masa si la causa de conclusión del concurso fuera la finalización de la masa activa o la insuficiencia de esa masa para satisfacer los créditos contra la masa.

V. El plan de pagos se extiende a la parte del pasivo exonerable que conforme el plan va a quedar insatisfecha y su duración, con carácter general, será de tres años. No requiere la aprobación de los acreedores, aunque estos, tras la exoneración provisional, pueden impugnar el plan en las circunstancias previstas en el art. 498 bis TRLC. La oposición de los acreedores que representen más del ochenta por ciento de la deuda exonerable afectada por el plan podría impedir la exoneración, salvo que el juez, atendiendo a las circunstancias del caso, decida imponer el plan. Si no lo hiciera, se impondría la voluntad de los acreedores.

VI. El itinerario de la EPI mediante liquidación de la masa activa se abre no sólo cuando se han realizado los bienes en la fase de liquidación, sino también en el concurso sin masa y en el concurso con masa en

los que resulte la insuficiencia de esa masa, actual o sobrevenida, para satisfacer los créditos contra la masa.

VII. Tratándose de un deudor persona natural microempresa puede aspirar a la EPI, en cualquiera de sus itinerarios, en el marco del procedimiento especial del libro III, ante el fracaso del plan de continuación, y una vez terminada la liquidación y distribuido el remanente. Para mantener la oportunidad de acogerse a la EPI con plan de pagos, frente a la apertura de la liquidación que sigue al fracaso del plan de continuación, el deudor deberá añadir a la solicitud de apertura del procedimiento especial la petición subsidiaria de evitar la liquidación y de someterse al plan de pagos que proponga.

VIII. Es complicado fijar el momento de la solicitud de exoneración por liquidación de las microempresas, atendiendo al procedimiento de liquidación gestionado por la plataforma.

VI. RELACIÓN DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, Sección Pleno, núm. 381/2019 de 2 de julio (2019\2769)
- SAP de León (Sección 1ª) núm. 545/2023 de 25 de septiembre (JUR 2023\406760)
- SJMer núm. 1 de Murcia núm. 53/2023, de 23 de junio. (JUR 2023\329013)
- SJMer núm. 4 de Barcelona núm. 78/2023 de 18 de julio. (JUR 2023\346133)
- SJMer núm. 4 de Alicante núm. 274/2023 de 5 de septiembre. (JUR 2023\347809)
- SJMer núm. 13 de Madrid núm. 78/2023 de 28 de septiembre. (JUR 2023\387283)
- Auto JMer núm. 2 Santander de 11 de julio de 2023. (JUR 2023\347807)
- Auto JMer núm. 2 Santander de 6 de noviembre de 2023. (JUR 2023\401445)

VII. BIBLIOGRAFÍA.

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, G. (2023), "El procedimiento especial para microempresas en el Texto Refundido de la Ley Concursal, *Revista de Derecho Mercantil,* núm. 329, julio-septiembre, versión digital.

AZOFRA VEGAS, F. (2022), "La exoneración del pasivo insatisfecho tras la transposición de la Directiva 2019/1023", *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones,* núm. extraordinario octubre, pp. 281-315.

CUENA CASAS, M. (2023a), "Comentario a los arts. 486-502 TRLC", en J. PULGAR EZQUERRA (dir.), *Comentario a la Ley Concursal,* T. II. 3º ed. Madrid: La Ley, pp. 257-418.

—"Comentario al art. 700 TRLC", en J. PULGAR EZQUERRA (dir.), *Comentario a la Ley Concursal,* T. II. 3º ed. Madrid: La Ley, pp. 1680-1682.

CUENA CASAS, M, FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., (2023b), *La exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores de persona física.* Pamplona: Aranzadi.

DAVIS, R.B., MADAUS, S., MAZZONI, A., MEVORACH, I., MOKAL, R., ROMANINE, B., SARRA, J. P., TIRADO, I. (2018), *Micro, small, and medium enterprise insolvency. A modular approach,* Oxford: Oxford University Press.

INTERNATIONAL MONETARY FUND (2014), "Spain Selected Issues", Country Report Nº 14/193, Washington DC, www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2014/cr14193.pdf

FACHAL NOGUEL, N. (2023), "Los fallos del sistema en el nuevo régimen de la exoneración del pasivo insatisfecho", *La Ley Insolvencia,* núm. 23 octubre-diciembre, versión digital, pp. 1-17.

FERNÁNDEZ SEIJO, J.M, (2021), *El concurso de la persona física y el beneficio de la segunda oportunidad,* X. O'CALLAGHAN MUÑOZ (dir.), M. VICENTE DÍAZ (coord.), Madrid: La Ley.

LATORRE CHINER, N. (2018), "El *discharge* y la Propuesta de Directiva sobre reestructuración preventiva y segunda oportunidad", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Nº 29, Sección Estudios,* versión digital, pp. 1-23.

PULGAR EZQUERRA, J. (2023), "Comentario al artículo 2 TRLC", en J. PULGAR EZQUERRA (dir.), *Comentario a la Ley Concursal,* T. I. 3º ed. Madrid: La Ley, pp. 173-204.

MOLINA PLA, M. (2023), "Vías de acceso a la exoneración del pasivo insatisfecho: cuestiones procesales y sistemas de recursos", *La Ley Insolvencia,* núm. 23 octubre-diciembre, versión digital, pp. 1-9.

SANCHO GARGALLO, I. (2022), "El requisito de la buena fe para obtener la exoneración del pasivo insatisfecho", *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones,* núm. 5, pp. 31-46.

SENENT MARTÍNEZ, S. (2020), "Comentario a los artículos 486-502 TRLC", en J. PULGAR EZQUERRA (dir.), *Comentario a la Ley Concursal,* T. I. 2º ed. Madrid: La Ley, pp. 2091-2131.

UNCITRAL (2004), "Legislative Guide on Insolvency Law", Part. Two., New York, 2005, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/05-80722_ebook.pdf

WORLD BANK (2014), "Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force. Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons", Washington, DC. http://hdl.handle.net/10986/17606.

NOTAS

[1] Este trabajo se encuentra en el marco del proyecto de investigación de referencia PID 2019-107487GB-100 (Ministerio de Ciencia e Innovación) sobre "Gobierno corporativo en la proximidad de la insolvencia", cuya investigadora principal es la profesora Juana Pulgar Ezquerra. Una primera versión fue presentada en el XIX Havard-Complutense Seminar on Corporate and Financial Governance: a transatlantic perspective, realizado en Harvard Law School los días 25, 26 y 27 de septiembre de 2023, con el título "Second starters for MSMEs through debt discharge".

[2] Cfr. Estadísticas e informes publicados por la Subdirección General de apoyo a la Pyme, Ministerio de Industria y Turismo, https://industria.gob.es/es-es/estadisticas/paginas/estadisticas-y-publicaciones-sobre-pyme.aspx#1.

[3] Considerando 1 Directiva sobre Reestructuración e Insolvencia 2019.

[4] Preámbulo (I) a la Reforma al TRLC 2022.

[5] Cfr. Cuena Casas, M. (2023a), p. 262, donde se resalta que en la nueva regulación la EPI dejaría de ser una excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal para convertirse en un derecho del deudor. En nuestra opinión, concebir la EPI como un derecho y no como un beneficio, no es óbice para seguir afirmando que supone una quiebra al vínculo contractual —pacta sunt servanda— y al principio de responsabilidad patrimonial universal, en tanto es preciso que se cumplan una serie de exhaustivos requisitos que son los que justifican el apartamiento de tan elementales principios del Derecho patrimonial.

[6] SJM nº 1 de Murcia nº 53/2023, de 23 de junio, Fundamento jurídico tercero, donde se interpreta que tanto el art. 486 como el 487 del TRLC acogen la EPI como derecho, si bien el último precepto de forma negativa.

[7] Añadiéndose que: "los empresarios no disfrutarían efectivamente de una segunda oportunidad si tuviesen que pasar por procedimientos distintos, con diferentes condiciones de acceso y plazos de exoneración, para obtener la exoneración de sus deudas empresariales y de sus otras deudas fuera del marco de su actividad empresarial".

[8] El 12 de marzo de 2014 la Comisión Europea publicó la conocida Recomendación sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial que alude a la necesidad de conceder una segunda oportunidad a los empresarios, DOUE núm. 74, de 14 de marzo de 2014, ps. 65-70

[9] Concluido el concurso por liquidación de la masa activa el deudor persona natural podía acceder a la remisión de sus deudas insatisfechas siempre que el concurso no hubiese sido declarado culpable, se hubiesen satisfechos los créditos contra la masa y los privilegiados, siempre y cuando se hubiera acudido previamente al acuerdo extrajudicial de pagos. De no haberse acudido al acuerdo extrajudicial, para acceder a la exoneración debía satisfacerse además el 25% de los créditos ordinarios (art. 178.2 LC).

[10] Cuena Casas, M. (2023a), p. 263; Fernández Seijo, J.M. (2023), p. 59. La doctrina extranjera también ha observado la necesidad de abordar en un único procedimiento la insolvencia del empresario persona natural, atendiendo a la dificultad real de separar las deudas derivadas del ejercicio profesional, de las de su propio consumo: Davis, R.B., Madaus, S., Mazzoni, A., Mevorach, I., Mokal, r., Romanine, B., Sarra, J. P., Tirado, I. (2018), p. 10

[11] Así, por el Banco Mundial: World Bank (2014), p. 13-18; Fondo Monetario Internacional: International Monetary Fund (2014), p. 42; Naciones Unidas: Uncitral (2004).

[12] Fachal Noguel, N. (2023), p. 5. Junto a su propia experiencia, la Magistrada se remite a los datos recopilados en Atlas Concursal 2023, donde se incluyen los primeros datos de la reforma concursal tras la Ley 16/2022, de 5 de septiembre y su evolución tras un año de entrada en vigor. www.economistas.es/Contenido/REFor/Atlas%202023/Estudio%20REFORCGE.%20Atlas%20Concursal%202023%20v%20.pdf. Este estudio no revela sólo un incremento de procedimientos concursales de personas físicas, sino también de procedimientos concursales de personas físicas con actividad empresarial, fundamentalmente por la búsqueda de la segunda oportunidad, así autónomos y micropymes. En su conjunto, este estudio

detecta como amenaza de sistema el abuso de la segunda oportunidad y determinados casos de picaresca en la definición de un deudor de buena fe, que podría desnaturalizar la institución. Cfr. ps. 17-24, 28.

[13] Cfr. Fernández Seijo, J.M. (2023), p. 55.

[14] Con anterioridad a la Ley 16/2022 de Reforma al TRLC el art. 485 preveía la extinción de la persona jurídica concursada como efecto asociado a la conclusión del concurso con pasivo insatisfecho.

[15] Cfr. Davis, R.B., Madaus, S., Mazzoni, A., Mevorach, I., Mokal, r., Romanine, B., Sarra, J. P., Tirado, I. (2018), p. 9 y s. 143-145; Cuena Casas, M. (2023b), p. 25

[16] Es sabido que la Subdirección general de apoyo a la Pyme publica con periodicidad mensual y anual diversas estadísticas e informes con el fin, entre otros, de difundir las cifras e indicadores más relevantes de las Pymes españolas. Entre ellos, cabe destacar aquí el "Retrato de la Pyme" que se elabora anualmente en base a la información del Directorio Central de Empresas (DIRCE). A enero de 2022, siguiendo la tendencia de los años anteriores, la persona física (autónomo) es la forma predominante en la constitución de una micro y pequeña empresa. Cfr. https://industria.gob.es/es-es/estadisticas/RetratoPYME/Retrato-PYME-DIRCE-1-enero-2022.pdf. Por otra parte, el Atlas Concursal 2023 citado ut supra revela que "los concursos de acreedores en nuestro país tienen como protagonistas a los autónomos, que representan en 2022 casi un 44% de los concursos (43,65%). En ediciones anteriores del Atlas Concursal eran más bien las micropymes las que experimentaban un mayor número de concursos, pero ya en 2022, año objeto de análisis de la presente edición, los concursos de autónomos superan a los de micropymes;… no obstante, los concursos de acreedores de micropymes siguen teniendo un peso muy considerable y constituyen el segundo grupo más abundante: el 36% de los concursos; de forma que más de un tercio de los concursos son de microempresas".

[17] El Anexo I del Reglamento (UE) nº 651/2014 de la Comisión de 2014 por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado, partiendo del concepto de empresa, y con independencia de su forma jurídica, define categorías de empresa por su relación con límites personales y económicos, dando lugar a la distinción entre medianas, pequeñas y microempresas. En el "Retrato de la Pyme" citado ut supra se toman como referencia el tamaño de las pymes atendiendo a los límites personales previstos en el art. 2 del Anexo I del Reglamento (UE) nº 651/2014, así como al volumen de ingresos, añadiéndose la categoría de Pyme sin asalariados.

[18] Cfr. Atlas Concursal 2023, p. 17.

[19] Ibidem.

[20] Pulgar Ezquerra, J. (2023), p. 178. Advierte la autora que no puede establecerse a priori cuándo un deudor ha contraído excesivas deudas, sino en función del supuesto concreto. En el régimen anterior, sobre la valoración del sobreendeudamiento activo del deudor a la luz de la cláusula general de culpabilidad del art. 442 TRLC: cfr. Senent Martínez, S. (2020), p. 2026

[21] SAP de León (Sección 1ª) núm. 545/2023 de 25 de septiembre. Fundamento de Derecho TERCERO. Finalidad de la Ley de Segunda Oportunidad.

[22] SJMer nº 4 de Alicante núm. 274/2023 de 5 de septiembre. Fundamento de Derecho Segundo, 8 y 9.

[23] Cuena Casas, M. (2023b), p. 89 y s. La autora advierte que, si bien la regulación debe incentivar un consumo responsable, el problema es que la responsabilidad del sobreendeudamiento activo no sólo es del deudor, sino también del prestamista que en la mayoría de los casos está obligado a evaluar la solvencia del deudor. Por tanto, no encuentra equilibrado —a nuestro juicio con razón— que el recurso irresponsable pueda convertir al concursado en deudor de mala fe, y al acreedor inmune a la exoneración habiendo este último evidenciado también un comportamiento irresponsable.

[24] Entre las deudas no exonerables, hay que destacar el tratamiento del crédito público, art. 489.1. 5º: sólo puede exonerarse parcialmente y en una única ocasión. Esto podría retrasar the second start de los empresarios insolventes que acumulen deuda pública por encima de los mínimos exonerables. Cfr. Cuena Casas, M. (2023b), p. 127.

[25] La exoneración ha estado siempre destinada a proteger al deudor honesto pero desafortunado (honest but unfortunate debtor): Cuenas Casas, M., (2023a), p. 266 y s.

[26] Cfr. World Bank (2014), ps. 40-43.

[27] Cuena Casas, M. (2023a), p. 271.

[28] Azofra Vegas, F. (2022), p. 284 y s. Lo que implicaría adelantaría el análisis de la causa de revocación al momento de la concesión. No obstante, se podrá realizar también con posterioridad, como motivo de revocación a la EPI concedida. Como se ve, el legislador exige al deudor la buena fe para entrar en el sistema y para mantenerse en él.

[29] SJMer núm. 1 de Murcia núm. 53/2023 de 23 de junio, Fundamento de Derecho Tercero.

[30] La SJMer núm. 13 de Madrid núm. 78/2023 de 28 de septiembre establece que este "mecanismo de segunda oportunidad sólo está concebido para el deudor de buena fe y honesto, buena fe que se presume salvo que concurra alguna (s) de las circunstancias legalmente previstas en el art. 487 TRLC." Fundamento de derecho segundo.

[31] Cabe distinguir dos momentos de control de la buena fe: cuando el deudor solicita la exoneración, bajo el análisis de las circunstancias que excepcionan su acceso, y con posterioridad a la concesión de la EPI, bajo la forma de causa de revocación. Cfr. Latorre Chiner, N. (2018), p. 4.

[32] Cuena Casas, M. (2023a), p. 274.

[33] Fernández Seijo, J.M (2021), p. 144. El Magistrado comenta el régimen legal anterior de la EPI y está aludiendo al presupuesto subjetivo previsto en el art. 487 TRLC redacción original, que incorporó el criterio de la STS de 2 de julio de 2019 —citada en el texto— que determina un concepto autónomo de la buena fe, acotado al concurso no culpable y a la falta de comisión de determinados delitos. En el mismo sentido: Sancho Gargallo, I. (2022), p. 34 y s.

[34] Cuena Casas, M. (2023a), p. 281.

[35] Azofra Vegas, F. (2022), p. 285.

[36] Cuena Casas, M. (2023a), p. 274.

[37] Azofra Vegas, F. (2022), p. 286.

[38] Entiende que es incorrecto interpretar como numerus clausus la relación prevista en la norma: Azofra Vegas, F. (2022), p. 286.

[39] El legislador español se ha situado en la línea de los países de nuestro entorno en materia de evaluación restrictiva de la conducta del deudor, pero se ha apartado de ellos en la delimitación del pasivo exonerable manteniendo muchas deudas que siguen sin ser exonerables, en particular, el crédito público que sólo lo es en una cuantía muy limitada: Cuena Casas, M. (2023a), p. 275 y s.

[40] Tal es así que, a medida que se acercaba la aprobación, publicación y entrada en vigor de la Ley 16/2022 se incrementaron exponencialmente los procedimientos de insolvencia de personas naturales, buscando la aplicación de los artículos del TRLC en su redacción original. Cfr. SJMer núm. 4 de Barcelona núm. 78/2023 de 18 de julio, Fundamento de Derecho Segundo.

[41] Una crítica a esta ampliación: Sancho Gargallo, I. (2022), p. 45 y s.

[42] Se ha interpretado que la inclusión de estas conductas responde a una finalidad distinta a la que con carácter restrictivo debería presidir la privación del derecho a la exoneración, ligada a la insolvencia del deudor. Persigue reforzar la responsabilidad de los administradores de entidades frente a la Agencia Tributaria y la Tesorería General de la Seguridad Social, dotándoles de un mayor incentivo. No obstante, siendo loable la finalidad, el medio podría resultar disuasorio para los emprendedores (autónomos) que son los que más necesitan una segunda oportunidad. Cfr. Sancho Gargallo, I. (2022), p. 44.

[43] Azofra Vegas, F. (2022), p. 286.

[44] Idem, p. 285.

[45] La Directiva sobre reestructuración e insolvencia no exige la buena fe como requisito de acceso al sistema (art. 20 DRI), configurando la mala fe es una excepción de acceso a la EPI (art. 23 DRI). Junto a ello, la Directiva no excluye, tal como se ha señalado en el texto, que se pueda conceder la EPI a deudores de mala fe, aunque con un plazo más largo. Tampoco la regulación europea define la buena fe, limitándose a enumerar en su Considerando 79 las circunstancias que las autoridades judiciales o administrativas habrán de tener en cuenta para determinar si un deudor fue deshonesto.

[46] Cfr. Azofra Vegas, F. (2022), p. 287, donde se subraya que el sistema actual ofrece al deudor una genuina disyuntiva entre ambos itinerarios.

[47] Idem, p. 287.

[48] Molina Pla, M. (2023), p. 5.

[49] No obstante, no se excluye una interpretación que descarte también el recurso a la EPI mediante plan de pagos cuando concurra causa legal de apertura de la fase de liquidación. Cfr. Molina Pla, M. (2023), p. 5.

[50] Idem, p. 6.

[51] Cfr. Azofra Vegas, F. (2022), p. 290.

[52] La puede solicitar cualquier acreedor afectado por la exoneración, en los casos previstos en la norma. No si han pasado más de 3 años a contar de la exoneración con liquidación de la masa activa, o desde la exoneración provisional en caso de plan de pagos.

[53] La cursiva es nuestra.

[54] La cursiva es nuestra.

[55] Cfr. Auto JMer núm. 2 Santander de 6 de noviembre de 2023 que concede la EPI en un caso de concurso declarado sin masa, en el que se había solicitado nombramiento de administrador concursal (art. 37 ter TRLC).

[56] Molina Pla, M. (2023), p. 2.

[57] La norma exige que los deudores estén llevando a cabo una actividad empresarial o profesional al tiempo de presentar la solicitud de apertura del procedimiento especial excluyendo, por tanto, aquellos deudores que hubiesen cesado estas actividades con anterioridad a dicha presentación. Respecto a esta cuestión, el Tribunal mercantil de Málaga, acuerdo nº 2 2023 con el objeto de unificar criterios, ha señalado que la redacción literal del artículo citado exige que los empresarios, personas físicas o jurídicas, que se acojan al procedimiento especial de microempresas, estén desarrollando una actividad empresarial o profesional al momento de la solicitud, debiéndose excluir los que hubiesen cesado en tales actividades en un momento inmediatamente anterior. En este último caso, procederá un auto de inadmisión, sin perjuicio de la posibilidad, para el solicitante, de presentar un concurso ordinario posterior. En el mismo sentido: Tribunal mercantil de Sevilla, acuerdo nº 1/2022 de 25 de octubre de 2022: "aquellos deudores que hayan cesado en su actividad, o que nunca la hayan tenido, no pueden acceder al procedimiento especial del Libro III sino que han de solicitar la declaración de concurso, de modo que, si concurriere alguno de los supuestos del artículo 37 bis del TRLC, resultará de aplicación la regulación relativa a los concursos sin masa". En contra de estos criterios: Auto JMer núm. 2 Santander de 11 de julio de 2023.

[58] Nos hemos ocupado de este procedimiento especial en otra oportunidad: Álvarez Martínez, G. (2023).

[59] Fernández Seijo, M. J. (2023), p. 82

[60] Idem, p. 83. Aboga también por una interpretación correctora: Cuena Casas, M. (2023a), p. 1682.

[61] Fernández Seijo, M. J. (2023), p. 83.

2. MERCANTIL
DERECHO DE SOCIEDADES

La impugnación de acuerdos sociales conformes a los pactos parasociales de exclusión.

Challenging corporate resolutions in accordance with shareholder exclusion agreements

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO
Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado

RESUMEN: Existe una aparente Jurisprudencia contraria a la impugnación de los acuerdos sociales conformes a los pactos parasociales de exclusión que necesariamente ha de ponerse en relación con la prohibición de impugnación de acuerdos sociales en contradicción con la buena fe.

ABSTRACT: There is an apparent jurisprudence contrary to the challenge of social agreements in accordance with shareholder exclusion agreements that must necessarily be put in relation to the prohibition of challenging social agreements in contradiction with good faith.

PALABRAS CLAVE: pactos parasociales, exclusión por justos motivos, buena fe

KEYWORDS: shareholder agreements, exclusion for just reasons, good faith

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA IMPROCEDENCIA DE LA EXCLUSIÓN POR JUSTOS MOTIVOS Y LAS POLÉMICAS DOCTRINALES.—III. LA NECESARIA REVISIÓN JURISPRUDENCIAL CONFORME AL PRINCIPIO DE LA BUENA FE.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V.ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

I. INTRODUCCIÓN

El reconocimiento o no de la exclusión del socio por justos motivos en las sociedades de capital ha venido siendo objeto de una tradicional polémica doc-

trinal conectada a otro no menos polémico asunto como es la existencia o del deber de lealtad del socio. No es nuestro interés reproducir en este trabajo los argumentos a favor o en contra de una u otra postura en estos dos controvertidos asuntos propios no sólo de nuestro Derecho de Sociedades sino incluso de nuestro Derecho Patrimonial, ni siquiera proceder a una crítica con detalle de aquellos argumentos que estimamos inadecuados, como tampoco ensalzar los que consideramos correctos.

Creemos sinceramente que los esfuerzos en uno y otro sentido han sido loables y no faltos de argumentos susceptibles de ser defendidos con racionalidad, aunque sí que acudiremos a aquellos que nos sirvan para poder exponer una especie de tercera vía aunque no tanto movido por un ánimo ecléctico sino para poder ofrecer una propuesta que bien pudiera ser considerada en la práctica que nos ocupa, ya que como decía Savigny en su Sistema de Derecho Romano Actual <...Allí donde la separación de la teoría y de la práctica es una separación absoluta, la teoría corre el riesgo de convertirse en un vano ejercicio para el espíritu y la práctica en un oficio puramente mecánico>.

Vaya por delante que somos de la opinión de que efectivamente puede materializarse la exclusión por justos motivos en las sociedades de capital y que como no podía ser otra cosa, el socio está sujeto a la observación de un deber de lealtad, aunque como anticipaba estimo que ambos problemas, en el tema que atendemos, no dejan de constituir un falso problema o mejor dicho lo que realmente implican es un cierto enmascaramiento del verdadero problema, que igualmente anticipándonos a las siguientes reflexiones, creemos que no es otro que la imposibilidad de impugnar un acuerdo parasocial omnilateral que haya acordado la exclusión social convenida anteriormente también por el socio impugnante, ya que éste en realidad estaría actuando de forma contraria a la buena y en claro abuso de derecho.

Por ello, es necesaria la revisión de la Jurisprudencia que niega esa exclusión por justos motivos, al menos y sin ánimo de profundizar en las polémicas antes apuntadas, en el caso concreto de impugnación de acuerdos sociales conformes a la exclusión por justos motivos acordada en un pacto parasocial omnilateral, que por definición implica la ausencia de causa legal o estatutaria para dicha exclusión, convenida al amparo de la autonomía de la voluntad en el pacto extraestatuario en cuestión.

Como decíamos la actuación conforme a la buena y fe, resulta esencialmente relevante en esta materia, siendo un recurso tradicionalmente esgrimido en pleitos de impugnación de acuerdos sociales, contrariamente a lo que parece creerse cuando se atiende a las sentencias que en los últimos años nos ha ido ofreciendo el Tribunal Supremo en materia de impugnación de acuerdos sociales y pactos parasociales.

De esta forma, Díez-Picazo[1] nos exponía un interesante caso sobre impugnación de acuerdos sociales y prohibición de actuación contra los propios actos, analizado por la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1920:

La Compañía minera «La Previsión» se constituyó con dos concesiones tituladas «Necesaria» e «Indispensable», estableciéndose en la escritura social que la administración competía a la Junta directiva y que los acuerdos de la Junta general serían válidos y obligatorios para todos los socios, debiendo ser tomados por unanimidad absoluta los de venta y arriendo de minas y por mayoría de asistentes los demás. Se estableció que se repartirían a prorrata entre los socios los productos líquidos obtenidos.

La Junta general de 30 de junio de 1907, celebrada bajo la presidencia de don Rosendo, aceptó una proposición de don Ubaldo de facilitar registros de minas a la Compañía a cambio de un veinticinco por ciento por ciento de la concesión y, como consecuencia de este acuerdo, por iniciativa de don Ubaldo, don Rosendo registró para la Compañía la mina titulada «Salmerón» y su demasía. La Junta general de 5 de febrero de 1911 acordó ceder a don Ubaldo el veinticinco por ciento de la mina «Salmerón» y de su demasía, pero la de 24 de mayo de 1914 acordó suspender los repartos de beneficios procedentes del precio de los arriendos de las minas «Necesaria» e «Indispensable» para proceder a la exploración y explotación directa de la mina «Salmerón», atendiendo a los gastos que ello ocasionara con el producto de los citados arrendamientos. Este acuerdo se tomó por mayoría.

La Compañía demandó indemnización de daños y perjuicios a don Rosendo, afirmando que, por no haberse pagado los derechos de pertenencia y de expedición de títulos de propiedad relativos a la demasía de «Salmerón», dentro del plazo reglamentario, se había decretado la caducidad del registro, que quedó perdido para la Compañía. Don Rosendo reconvino pidiendo la nulidad de los acuerdos de 24 de mayo de 1914. Fueron estimadas la demanda y la reconvención.

La Compañía interpuso recurso de casación alegando en el quinto motivo, infracción de la doctrina de los actos propios y el TS declaró haber lugar al recurso.

Don Rosendo no puede hoy impugnar la validez de los acuerdos de las Juntas generales sobre la suspensión de los repartos activos del precio de los arrendamientos y la administración de la mina «Salmerón» y sus demasías, con arreglo a la doctrina legal de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos; porque esos acuerdos son consecuencia natural y complemento necesario de los que con su intervención fueron adoptados por la Junta y fueron por él ejecutados, relativos a la adquisición de las minas, ya que, según el principio de que el que quiere el antecedente no puede rechazar el consiguiente, esa adquisición implicaba, por necesidad lógica y legal, la ampliación del negocio y la aplicación de las cláusulas de la escritura social relativas a la administración

y explotación de las nuevas adquisiciones, pudiendo en su virtud la Junta no sólo enajenar y arrendar, sino también explotar por sí misma, si así convenía al interés social o era imposible arrendarlas, con fondos de la sociedad, procediesen o no del arriendo de las minas antiguas, sin poderse en tal caso reputar beneficios líquidos más que los resultantes de la totalidad del negocio, por ser inadmisible que las minas quedasen improductivas, si no era posible o beneficioso arrendarlas.

Concluye Díez-Picazo tras dicha exposición jurisprudencial que: <El demandado no podía reconvenir la nulidad del acuerdo social, porque este acuerdo era consecuencia natural y complemento necesario de otros tomados activamente con su intervención y ejecutados por él. La inimpugnabilidad no obedece a confirmación o convalidación —los actos que se invocan son anteriores a la adopción del acuerdo— sino al carácter contradictorio de la pretensión. Es contradictorio, como dice el TS, demandar la nulidad del acuerdo, porque este acuerdo era perfectamente coherente con la conducta anterior del propio demandado.>

No obstante, el caso jurisprudencial antes expuesto que conlleva la aplicación de la prohibición de ir contra los propios actos, lo fue para impugnar un acuerdo social en contravención de otros acuerdos sociales anteriores, no como en el presente caso que proponemos, donde la impugnación del acuerdo social lo sería por contravención de un pacto parasocial de exclusión, en el que el principio de *pacta sunt servanda* ex. art. 1091 CC impide la aplicación de la doctrina de los actos propios, aunque no el deber de actuar de buena fe, ex. art. 7 CC.

Resulta por último conveniente explicar el por qué de esta preferencia parasocial de inclusión del pacto de exclusión. No sólo la ausencia de un claro apoyo a la exclusión por justo motivos y al deber de lealtad del socio lo que nos lleva a no inclinarnos por esta actuación extraestatutaria de una cláusula de exclusión por justos motivos no escrita y sí por la escrita, sino también por la confidencialidad con que los socios quieren mantener sus relaciones sociales y en particular aspectos tan conflictivos como el de la exclusión social, como por la estricta exigencia que para la inscripción de una cláusula estatutaria de exclusión en el Registro Mercantil nos impone el desafortunado artículo 207 del Reglamento del Registro Mercantil que requiere que en el caso de que los estatutos sociales establezcan causas de exclusión de los socios distintas a las previstas en la Ley, deberán determinarlas *concreta y precisamente*. [2]

Dicho requisito reglamentario de concreción y precisión implica una extrema dificultad de actuación con cláusula estatutaria de exclusión que amplie las causas legales de exclusión (incumplimiento de realización por el socio de prestaciones accesorias o infracción de la prohibición de competencia al socio-administrador, ex. art. 350 LSC), de ahí que la solución parasocial se nos antoja como alternativa más realista en la práctica, aunque para ello tengamos que salvar los

problemas que para su aplicación nos podemos encontrar, tal y como desarrollaremos con posterioridad.

II. LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA IMPROCEDENCIA DE LA EXCLUSIÓN POR JUSTOS MOTIVOS Y LAS POLÉMICAS DOCTRINALES

En la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007 (Id Cendoj: 28079110012007100900) se enjuicia, en lo que ahora nos interesa un motivo de casación que se funda, en síntesis, en que: a) el acuerdo de exclusión de dos de los socios fue ajustado a Derecho, pues existió un acuerdo entre los socios para la entrega de cantidades para hacer frente a un préstamo hipotecario cuya devolución se asumió personalmente, pero los socios Sr. Claudio y Avitrans Urgente, S. L., lo incumplieron vulnerando el acuerdo del consejo de administración; b) la exigencia de que la exclusión de un socio con más del 25% del capital social sea ratificada judicialmente (art. 99 LSRL), no supone la nulidad del acuerdo de exclusión mientras no se disponga de la resolución judicial; y c) la votación del acuerdo de exclusión se desarrolló con toda corrección, pues cuando se trata de excluir a varios socios por una misma causa es posible hacerlo en un mismo acuerdo.

La desestimación del motivo de casación fue resuelto del siguiente tenor:

"a) El art. LSRL es inequívoco en el sentido de que la obligatoriedad de las prestaciones accesorias debe resultar de la propia norma estatutaria («En los Estatutos podrán establecerse [...]»), y de que ésta debe contener una determinación del contenido de la obligación («[...] su contenido concreto y determinado [...]», dice el art. 22 LSRL) tanto en el aspecto cuantitativo como —si es el caso— en su duración (RDGRN de 24 de junio de 1998).

Dado que la causa de exclusión esgrimida respecto de los socios afectados fue el incumplimiento de la obligación de realizar prestaciones accesorias (artículo 98 I LSRL; la entrega de efectivo metálico es susceptible de ser incluida como objeto de la prestación accesoria con ciertas limitaciones: RDGRN de 7 de marzo de 2000 y 27 de julio de 2001), y que las prestaciones cuyo incumplimiento se imputa los excluidos no reunían los requisitos necesarios para su obligatoriedad frente a la sociedad por no haber sido incluidas en los Estatutos (sin perjuicio de los efectos contractuales a que pudiera haber lugar) resulta evidente la improcedencia de la exclusión fundada en una causa no prevista en el artículo 98 LSRL"

En el caso se declaró probado que existía un acuerdo del consejo de administración para la formalización de un préstamo, asumiendo los consejeros la responsabilidad del mismo a prorrata, y los propios demandantes admiten que dos de ellos (Avitrans y D. Claudio) no han cumplido con tales pagos. El acuerdo

del consejo fue consentido, al no haber sido impugnado y entra dentro del ámbito de competencias del consejo de administración en materia de gestión social.

En realidad el caso resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007 que ha sido utilizado como referente para inadmitir la exclusión por justos motivos no guarda un paralelismo con el debate que estamos proponiendo, ya que en aquél no queda constancia absoluta de la existencia de un pacto parasocial de exclusión, sino que se pretende la exclusión por justos motivos al parecer al margen de la existencia de pacto extraestatutario alguno, puesto que el acuerdo que se dice infringido procede del consejo de administración de la sociedad.

Cuestión distinta sería entender que sí existió un pacto parasocial de los socios, ya que o bien instruyeron a los consejeros nombrados por ellos o bien ellos mismos en su doble cualidad de socio-administrador, concertaron con el resto de socios las instrucciones dadas a los integrantes del órgano de administración para actuar en un determinado sentido, lo que nos llevaría al análisis de la validez de los pactos de sindicación de voto en el consejo de administración, cuyo sentir general es la inadmisibilidad de los mismos en función de la regla de inoponibilidad del pacto a la propia sociedad, lo cual, a nuestro juicio tampoco podría afirmarse categóricamente si el sindicato de voto es de carácter omnilateral y del mismo puede predicarse su oponibilidad social en los términos requeridos por el Tribunal Supremo para ello, salvando el principio de relatividad del contrato ex. art. 1257 CC, al que hace referencia la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2022 (Id Cendoj: 28079110012022100290) que sigue afirmando la inoponibilidad de los pactos parasociales omnilaterales a la sociedad sobre la base del principio de relatividad contractual, aunque admitiendo la posibilidad de impugnación de acuerdos sociales por infracción de los mismos en caso de mala fe y abuso de derecho, tal y como hiciera la sentencia del Tribunal Supremo número 120/2020, de 20 de febrero.

Por otro lado, en esta sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2022 sí que se razona en sede del principio de relatividad contractual, la posibilidad que vía artículo 1257.2 CC se pueda llegar a oponer a la sociedad no firmante del pacto el contenido del mismo en determinadas ocasiones, cuando se razona lo siguiente: *"3.5. Naturalmente, la regla general de la relatividad de los contratos enunciada en el párrafo primero del art. 1257 CC debe entenderse también sin perjuicio de la excepción prevista en su párrafo segundo respecto de las estipulaciones a favor de terceros, de forma que en caso de haberse previsto tales estipulaciones en el pacto parasocial a favor de la sociedad (los denominados "pactos de atribución", v.gr. concesión de préstamos, prohibición de competencia, etc), ésta podrá exigir su cumplimiento, conforme a dicha norma, incluso si no fue parte del convenio parasocial."*

Asimismo, la referida sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2022 sin entrar directamente en la oponibilidad de los pactos parasociales omnilaterales, sí que afirma en *obiter dicta* la misma, cuando la sociedad es firmante del pacto, al referirse del siguiente modo: *La sentencia 296/2016, de 5 de mayo, constituye un exponente más (y no una excepción) de la reiterada doctrina de esta sala sobre la validez y eficacia inter partes de los pactos parasociales, y así lo manifiesta con toda claridad (en un supuesto de sindicación de acciones) cuando afirma que "el pacto de sindicación de acciones es un acuerdo extrasocietario o parasocial generalmente no oponible a la sociedad (art. 7.1 LSA, actual art. 29.1 LSC), pero de eficacia vinculante para quienes lo suscriben". El adverbio "generalmente" no contradice la doctrina de la sala, sino que se adecúa en rigor a la misma, pues, como hemos visto, la regla de la inoponibilidad no carece de excepciones, fundamentalmente basadas en el principio de la buena fe, y otros conectados con éste como el de la confianza legítima o la interdicción del abuso de derecho (a lo que deben sumarse los supuestos en que la propia sociedad sea firmante de los pactos).* [3]

La oponibilidad del pacto omnilateral que con carácter general es propugnada por la doctrina [4] sin embargo no es admitida tampoco como excepción a la validez de los sindicatos de voto en el órgano de administración por otros autores, [5] lo que sin duda agrava el problema en el enjuiciamiento de este caso analizado por la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007, aunque reiteremos que en la misma no se aborda el problema sustancial que en estos momentos nos ocupa.

Por otro lado, tenemos la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de febrero de 2013 (Id Cendoj: 28079370282013100049).

En una sociedad que se constituyó por varios corredores de seguros aportando sus carteras, el señor Luis Carlos comunicó entre otras Compañías a Reale Aseguradora mediante carta por escrito su decisión de traspasar su cartera de Acsebroker Correduría de Seguros a su clave directa como persona física (.). Ante tal actitud Acsebroker comunicó tanto a Reale como a Luis Carlos la disconformidad por escrito de tal actuación, un incumplimiento de los pactos, de las prestaciones accesorias asumidas por los socios en la constitución de la sociedad, siendo constitutiva de una infracción a la prohibición de competencia.

La referida sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de febrero de 2013 desestimó el recurso de apelación contra la nulidad del acuerdo de exclusión sobre la base de lo siguiente: *"Para analizar tales argumentos no ha de perderse de vista que una decisión tan drástica como lo es la exclusión de un socio tiene que estar soportada en una causa legal (artículo 98, párrafo primero, de la LSRL y artículo 350 de la LSC, donde se concretan como tales los casos de incumplimiento de la obligación del socio de realizar prestaciones accesorias*

o del socio-administrador que infringe la prohibición de competencia o que ha incurrido en responsabilidad, según condena por sentencia firma, ante la sociedad) o en una que haya sido especialmente prevista como tal en los estatutos sociales, siempre que la incorporación de tal previsión a los mismos se haya producido merced al consentimiento de todos los socios (artículo 98, párrafo segundo, de la LSRL y artículo 351 de la LSC). No puede, por lo tanto, quedar una decisión como esa al libre albedrío de un acuerdo de junta general que no se ciña a la aplicación de dichas causas y que pretenda aducir otras circunstancias, por más que éstas fueran compartidas y estimadas como justificadas por la mayoría social"

En línea con la anterior sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007, tampoco en esta sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de febrero de 2013, trata el tema que nos ocupa, ya que no existía acuerdo social impugnado conforme a pacto de exclusión parasocial, sino que como la anterior, descansa su razonamiento por tanto en la invalidez de la exclusión por justos motivos.

Sin embargo, a diferencia de lo anterior, la interesante (por varios y diferentes motivos) reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª) Sentencia num. 8/2023 de 18 diciembre de 2022 (JUR\2023\76999), sí que nos sirve para ilustrar el caso propuesto a debate. [6]

En el segundo motivo de recurso, se impugna la causa de exclusión del Sr. Ángel por el incumplimiento de su obligación de incorporarse laboralmente a la sociedad, estimando el apelante que la sentencia recurrida incurre en errores de derecho y en la valoración de la prueba, que existe un defecto de falta de motivación y, que de acuerdo con los artículos 86.1 y 351 de la LSC, las prestaciones accesorias y las causas de exclusión de los socios deben constar en los estatutos sociales; además de haber quedado acreditado que, en cualquier caso, el Sr. Ángel no incumplió su obligación de incorporarse laboralmente a la sociedad. Se aduce en este motivo de recurso, en síntesis, que no existe ninguna causa de exclusión estatutaria en la que encaje una supuesta falta de incorporación laboral del Sr. Ángel a la Sociedad, como tampoco existen prestaciones accesorias, de modo que la Sentencia infringe los artículos 86.1 y 351 de la LSC.

La Audiencia Provincial de Cádiz, realiza una afirmación de principios al inadmitir con carácter general la exclusión por justos motivos, razonando que: *"Por tanto, igual que no puede impugnarse un acuerdo social por ser contrario al pacto parasocial —con las excepciones relacionadas con la buena fe, que no es el caso—, estimamos, de acuerdo con la mejor doctrina, que no cabe fundar la exclusión de un socio en un incumplimiento del pacto parasocial."*

Sin embargo, después de efectuar la anterior afirmación, la Audiencia Provincial de Cádiz introduce la cuestión de la omnilateralidad del pacto parasocial

y su vinculación a la sociedad cuando es firmante del pacto, cuando razona lo siguiente: *"Ahora bien, hay que tener en cuenta que la parte demandada se opone a este motivo de recurso alegando que obvian los demandantes que hay una cuestión esencial, cual es, que los pactos parasociales, en este caso, están firmados por los mismos accionistas que componen el accionariado de la entidad, los dos demandantes y GVESTA —por lo que se trataría de un" pacto omnilateral"— y, además, la propia sociedad es parte de los referidos pactos y asume directamente derechos y obligaciones; de forma que la sociedad se obliga frente a los socios y, los socios se obligan directamente frente a la sociedad, es decir, los pactos, claramente, no están ocultos a la sociedad y forman parte del entramado societario."*

También plantea, por si fuera poco, la duda sobre la posibilidad de pactar una causa de exclusión en un pacto parasocial, cuando dice que: *"Con independencia de que puede resultar discutible que puedan incluirse causas de exclusión de los socios de la sociedad en un pacto de socios, calificado como pacto parasocial, aun cuando es cierto que es un "pacto omnilateral" y, no tiene carácter reservado para la sociedad en tanto que intervino"*

El fallo de la Audiencia, sin embargo, consistió en que no cabe exclusión social puesto que la sociedad también hacía incurrido en incumplimiento con los socios.

En realidad, los anteriores razonamientos que efectúa la meritada sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, nos presentan tres problemas dignos de atención: a) la validez de la inclusión de una causa de exclusión en un pacto parasocial (lo que parece aceptar ya que entra a analizar el fondo del asunto y desestima por incumplimiento de la propia sociedad respecto de la que se predicaba la exclusión); b) la oponibilidad de los pactos parasociales omnilaterales (aunque este punto ofrezca un menor interés en el caso concreto resuelto por la Audiencia Provincial de Cádiz, debido a que la sociedad también firma el pacto parasocial); y, (c) la impugnación de un acuerdo social conforme a un pacto parasocial de exclusión.

En cuanto a la oponibilidad de los pactos parasociales, en su día, propugnábamos que ha de admitirse, de acuerdo con Paz-Ares, en que en los supuestos de coincidencia subjetiva entre los firmantes del pacto y la totalidad de los socios de la sociedad, así como cuando los resultados que ofrece el ordenamiento societario son iguales o equivalentes a los del ordenamiento contractual, deben poder hacerse valer los acuerdos parasociales frente a la sociedad, siendo esto lo que ocurre en el caso de los acuerdos sociales, pudiendo por tanto como regla general afirmarse la posibilidad de alegar la infracción de un pacto parasocial por un acuerdo social, máxime si la sociedad es firmante del pacto parasocial (por seguir el *obiter dicta* del Tribunal Supremo en este sentido, en su sentencia de 7 de abril

de 2022, aunque no seamos partidarios de la necesidad de esta última exigencia, tal y como hemos apuntado con anterioridad)[7], por lo que ahora no volvemos sobre ello, no por falta de interés sino por centrarnos en el debate propuesto.

Sí nos llama la atención, sin embargo, la duda expresada por la Audiencia Provincial de Cádiz sobre la validez de la inclusión en el pacto parasocial de una causa de exclusión social, duda que no compartimos para afirmar por nuestra parte la licitud de tal convenio (art. 1255 CC).

Para ello, colacionamos las palabras de Paz Ares *("Violación de pactos*... pág. 62*")* cuando acertadamente afirma que <La doctrina del Tribunal Supremo en este punto resulta intachable. En lo que hace a su validez, los pactos parasociales —dice el alto Tribunal— "no están constreñidos por los límites que a los acuerdos sociales y a los estatutos imponen las reglas societarias —de ahí gran parte de su utilidad— [imperatividad tipológica], sino a los límites previstos en el artículo 1255 del Código Civil [imperatividad sustantiva]" (así STS 23-X-2012 [RJ 2012, 10123] (RJ 2012, 10123)>, es decir, no son las reglas societarias que nos llevan a la exclusión legal o estatutaria las que han de presidir la legalidad del pacto parasocial de exclusión sino la genérica limitación a la autonomía de la voluntad del pacto obligacional. Así, Paz-Ares *("Enforcement*...nota 3*")*, ya adelantó su opinión cuando decía que <… nuestra principal conclusión es que la validez de los pactos parasociales no puede enjuiciarse 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).>

Además para poder comprender anterior recurrimos al fundamento de la exclusión como desarrollo en la vida societaria del mecanismo de la resolución contractual, aunque la especialidad propia de la estructura corporativa (contrato no sinalagmático frente a los contratos de cambio sinalagmáticos) haga que el fenómeno exclusivo conlleve realmente una protección que ostenta el socio cumplidor frente al socio incumplidor, de ahí que no puedan justificarse las existencia de dudas sobre la posibilidad del pacto exclusivo social, ya que no conlleva vulneración alguna de los límites de la voluntad, con arraigo incluso en nuestro derecho de sociedades personalista, en el artículo 218 del Código de Comercio.

Con acierto, ya razonó lo anterior Alfaro Águila Real [8] cuando motivó la relación entre la exclusión y la resolución contractual cuando sostuvo que: <…si la resolución es una medida de protección del acreedor cumplidor, la lógica exige

calificar la exclusión no como una sanción al socio incumplidor sino como una medida de protección de los socios fieles al fin común...

En todo caso, la exclusión no es simplemente una forma de resolución propia de los contratos bilaterales. La identificación con la resolución implicará no poner de relieve suficientemente el carácter no sinalagmático del contrato de sociedad frente a los contratos de camio donde se ha desarrollado la institución de la resolución y, en particular, el hecho que a diferencia de lo que ocurre en los contratos sinalagmáticos, la sociedad no es la contraparte contractual del socio. La exclusión es, desde esta perspectiva, un instrumento para permitir a los socios "leales" y "aptos" para continuar la persecución del fin común desprenderse del socio que dificulta de manera grave o pone en peligro dicho objetivo. Un derecho de defensa, como hemos señado.>

Ello es así, en nuestra opinión, también por la necesaria integración del contrato de sociedad con las reglas de la buena fe previstas en el artículo 1258 del Código Civil, del que ha de derivarse necesariamente el deber de lealtad del socio, sin que esta afirmación que realicemos la hagamos con desconocimiento del controvertido parecer doctrinal sobre deber de lealtad del socio en nuestro derecho de sociedades, al que seguidamente nos referimos al tratar sobre la controvertida admisibilidad de la exclusión por justos motivos en nuestro derecho societarios capitalista.

Como resume Segismundo Álvarez Royo Villanova <la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina consideran que los socios tienen un deber de lealtad con los demás socios y con la propia sociedad. Aunque a diferencia de lo que sucede con los administradores (art. 227 LSC) este deber no está reconocido en la ley, sería una manifestación del principio de buena fe consagrado con carácter general en el art. 7 CC, para el ámbito contractual en el art. 1258 CC y que en el ámbito societario se radicaría en el concepto de interés social (reconocido en los arts. 190. 196 y 204 LSC)> [9] Efectivamente, este es el sentir general de autores como Girón, [10] Paz Ares y Recalde y de Jurisprudencia representada por ejemplo, por la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2002 (RJ 5233), la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2012 (RJ 4981) y la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2011, (RJ 2012/3521), aunque otros se muestren contrarios sobre la existencia de dicho deber, como Sáez Lacave [11] y Carrasco Perera [12].

No es éste el momento del desarrollo de las doctrinas reconocedoras del deber de lealtad del socio, aunque sí el de adscribirnos a las mismas como justificativas de la posibilidad de la exclusión por justos motivos, aunque como reconoce Álvarez Royo Villanova (vid. op. cit) <En realidad las diferencias entre ambas posturas no son tan grandes (como pueden comprobar en el animado debate sobre este post de Iribarren en este mismo blog): los que entienden que

existe un deber de lealtad (Recalde Iribarren, Alfaro, Paz-Ares) no defienden una subordinación del interés del socio al interés social como interés superior, ni que el juez pueda entrar a juzgar lo que es mejor para la sociedad desde un punto de vista económico. Los que lo niegan también admiten que la buena fe actúa como un elemento de integración del contrato, lo que incluye la prohibición de ir contra los propios actos y por tanto el carácter contrario a la buena fe de estas actuaciones>, por lo que nos quedamos ahora y en atención al debate propuesto con el ineludible deber de actuación de buena fe y la prohibición de actuación contra los propios actos, lo que enlaza con la imposibilidad a nuestro juicio de poder impugnar un acuerdo social conforme al pacto de exclusión extraestatutario firmado por también por el impugnante.

Pero volviendo de plano a la admisibilidad de la exclusión por justos motivos (ausencia de pacto de exclusión estatutario ni de causa legal al efecto), la práctica nos hace inclinarnos a la inclusión del pacto exclusivo en un pacto extraestatutario para poder defender la vinculación del pacto y la imposibilidad de impugnar el acuerdo de exclusión por el firmante del pacto como consecuencia del deber de actuar de buena fe con el objeto de evitar la polémica sobra la validez de las causas no escritas de exclusión social ante un planteamiento judicial del conflicto.

Es cierto que se propuso por Álfaro Águila-Real, [13] con acierto, la posibilidad de la exclusión por justos motivos en virtud del principio integrador del contrato (ex. art. 1258 CC) como causa de exclusión no escrita cuando razonó que: <…La fundamentación puede formularse como sigue: *El deber de lealtad del socio le exige aceptar ser excluido cuando en su concurran justos motivos de exclusión.* Como hemos señalado, la posibilidad de excluir a un socio cuando concurre en su persona un justo motivo es atribuible a la voluntad hipotética de las partes de un contrato de sociedad. Si consideramos a los socios ex ante como maximizadores de la ganancia conjunta, todos ellos preferirían, *ceteris paribus,* excluir a un socio perturbador a tener que disolver la sociedad, liquidarla y reconstruirla ya sin dicho socio si la primera alternativa es, como hemos demostrado anteriormente, "más barata" que la segunda. Se dan, por tanto, los presupuestos que permiten al intérprete integrar el contrato de acuerdo con la buena fe a falta de disposición legal expresa (art. 1258 CC).>

Pese a ello, existen también voces críticas con anteriores postulados. A título de ejemplo, Alonso Ledesma [14], aunque por lo reciente y por venir de la práctica judicial destacamos las reflexiones de la Magistrada Fachal Noguer, cuando concluye al respecto que: <A mi juicio, no basta con invocar, a estos efectos, el deber de lealtad del socio que, ni se encuentra positivizado en la Ley de Sociedades de Capital, ni ha sido reconocido de forma unánime por la doctrina, al menos si se concibe como un deber fiduciario que vaya más allá de las exigencias que impo-

ne el artículo 7 CC en el ejercicio de los derechos. Además, si admitiéramos esta causa legal no escrita, ello haría decaer las causas legales y estatutarias, por las que se decanta expresamente el sistema vigente>. [15] [16]

Es decir, proponemos el recurso a la conocida vinculación de los pactos parasociales omnilaterales que incluyan el pacto de exclusión para que no sean susceptibles de ser impugnados por sus firmantes, insistimos, desde la buena fe como necesario comportamiento de actuación.

III. LA NECESARIA REVISIÓN JURISPRUDENCIAL CONFORME AL PRINCIPIO DE LA BUENA FE

En su momento y con carácter general en materia de impugnación de acuerdos sociales y prohibición de actuación contra los actos propios, ya nos hicimos eco de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2017 (RJ 2017\4012) donde 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. [17]

Exponemos, 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.

Como dijimos en su momento, 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"*.

Nos enseñó Díez-Picazo [18]: <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 CC). 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.>

También García de Enterría [19] 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 sólo 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 [20]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, art. 1.091 C.C.— 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 sólo 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>.

Conforme con lo anterior y como razonamos en su día, ¿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>.

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 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 lo convenido en el pacto parasocial, 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 en el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2017 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.[21] 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.[22]

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 y en lo que ahora respecta, la contraparte del pacto parasocial en que se haya incluido un acuerdo de exclusión con causas diferentes a la legales o por justos motivos del impugnante del acuerdo social podía confiar en que la conducta del mismo no consistiera en dejar fuera de la realidad la exclusión social, el impugnante del pacto parasocial debería ver 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, [23] tendría que pasar no por la impugnación del acuerdo social de exclusión conforme al pacto parasocial, sino incluso por la promoción de un acuerdo social que subsanare las deficiencias de aquél, de conformidad con la posibilidad que le ofrecen los artículos 204.2 y 207 de la Ley de Sociedades de Capital.

De esta forma, Paz-Ares,[24] sobre el particular, haciéndose eco de la opinión de Vela Torres,[25] comentó en su día que: <Es cierto que la apelación a la doctrina de los actos propios por parte de nuestros tribunales resulta a menudo ociosa, pues si el acto propio es un acto negocial —un negocio jurídico—, la censura de la conducta que lo contradice no necesita acudir a la buena fe; basta con invocar sin rodeos o circunloquios la fuerza de ley del negocio jurídico (art. 1091 CC)72. Ahora bien, esta objeción no procede cuando la construcción del fenómeno parte de la diferenciación analítica de planos. Un magistrado del Tribunal Supremo lo ha expuesto con perspicacia: existiendo "una duplicidad de planos (el estatutario

y el contractual), no [puede] resolverse la cuestión exclusivamente desde uno de ellos, declarando que se ha infringido el contrato, puesto que ha de darse respuesta al conflicto planteado en el plano orgánico societario, y es ahí donde la infracción derivada del pacto parasocial puede articularse a través de la infracción de la buena fe" (Vela Torres, 2018, p. 1457). El fenómeno es en cierto modo similar al que se produce en el derecho cambiario73.

72 Cfr. Díez-Picazo (2014, pp. 216-218). Allí leemos: "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".

73 Para una analogía entre la abstracción cambiaria y la personalidad jurídica y la utilización de la exceptio doli como mecanismo para perforar o penetrar uno y otro diafragma, v. Paz-Ares (1986, pp. 367-368).>

A nuestro juicio, el recurso a la buena fe queda justificado tan sólo desde el plano contractual del pacto parasocial ya que el cumplimiento de las obligaciones derivadas del pacto parasocial han de atenerse a las reglas de la buena fe, es decir, el artículo 1091 del Código Civil no excluye la aplicación del artículo 7.1 del Código Civil, sino que éste complementa necesariamente a aquél, sin que por otro lado resulte correcta la aplicación de la doctrina de los actos propios pese a que la misma hunda también sus raíces en la buena fe. [26] Podríamos decir entonces que la buena fe informa pero a la vez limita el ejercicio del derecho ante la existencia de un deber jurídico previamente dimanante de una relación negocial, aunque a la misma vez la buena fe exige la inexistencia de conductas contradictorias o la prohibición de actuar contra los propios actos.

En este sentido, Miquel González, [27]afirma al respecto: <Aunque el art. 7.º1 se refiere al ejercicio de los derechos, no puede entenderse que la función de la buena fe en ese ámbito se ciña exclusivamente a la de límite del ejercicio de los derechos. No sólo se ve afectado el ejercicio del derecho por la buena fe, sino que su misma existencia puede verse comprometida por reglas derivadas del principio. Afecta también a las facultades y poderes, en general, a las situaciones jurídicas. Con razón afirma Montes, (Com. Tít. Prel. Tecnos, I, p. 370), con relación al cumplimiento de los deberes y las obligaciones "esta proyección de la buena fe ha sido ya incorporada a nuestro sistema por la doctrina y la jurisprudencia. Si donde hay un derecho subjetivo debe entenderse limitado en su ejercicio por la buena fe, donde hay un deber jurídico, del mimo modo, deberemos pensar que se halla templado por la buena fe". Del art. 1258 puede extraerse, en efecto, como ha hecho la doctrina alemana del precepto paralelo del BGB, una regla general de cumplimiento de los deberes y obligaciones conforme a las exigencias de la buena fe>.

En definitiva, las resoluciones judiciales a las que nos hemos referido que afirman la necesaria constancia estatutaria de las causas de exclusión diferentes a las legales deben revisarse para no ser entendidas en términos absolutos y adaptarse, en su caso, al supuesto en que haya mediado la convención de la causa de exclusión en un pacto parasocial oponible.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Alfaro Águila-Real. Conflictos intrasocietarios (Los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada)>. Estudios de derecho mercantil: homenaje al profesor Justino F. Duque / Justino F. Duque Domínguez (hom.), Vol. 1, 1998.

AlfaroÁguila-Real. https://derechomercantilespana.blogspot.com/2022/04/oponibilidad-la-sociedad-de-pactos.html

Alonso Ledesma. La autonomía de la voluntad en la exclusión y separación de socios. Revista de Derecho Mercantil num.287/2013

Álvarez Royo Villanova. https://almacendederecho.org/existe-un-deber-de-lealtad-de-los-socios-lo-que-esta-en-juego.

Carrasco Perera. Racionalidad económica y deber de lealtad entre socios. Foro de Derecho Mercantil. Nº 40 julio-septiembre 2013.

Díez Picazo, Comentarios del Código Civil, Ministerio de Justicia, Tomo II. Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1.993.

Díez-Picazo. La doctrina de los actos propios [Un estudio crítico sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo]. 2ª ed., mayo 2014.

Fachal Noguer. Los justos motivos como causa de ruptura del vínculo social. Revista Aranzadi Doctrinal, 5/2022.

García de Enterría. La doctrina de los actos propios y el sistema de lesividad. Revista de la Administración Publica, 20 (1956).

Girón Tena. Derecho de Sociedades, 1976.

Iribarren. La exclusión de socios que incumplen pactos parasociales. 2023, https://almacendederecho.org/la-exclusion-de-socios-que-incumplen-pactos-parasociales,

Martínez Rosado. Los pactos de sindicación para el órgano de administración, en Los pactos parasociales, Marcial Pons, 2017.

Miquel González. Comentarios del Código Civil, Ministerio de Justicia, Tomo I. Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1.993.

Noval Pato. Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad. Marcial Pons, 2012.

Paz Ares, Comentarios al Código Civil. Ministerio de Justicia, 1993.

Paz-Ares. Enforcement de los Pactos Parasociales. Uría & Menéndez, Artículos, 5/2003.

Paz-Ares. Fundamento de la prohibición de los pactos de voto para el consejo. Indret 4/2010.

Paz-Ares. Violación de pactos, impugnación de acuerdos y principio de no contradicción. Revista de Derecho Mercantil num.325/2022.

Puig Brutau. Actos propios, en Nueva Enciclopedia Jurídica, II, y Estudios de Derecho Comparado. La doctrina de los actos propios. Barcelona 1951.
Recalde Castells. Deberes de fidelidad y exclusión del socio incumplidor en la sociedad civil. Comentario a la STS (Sala 1) de 6 de marzo de 1992, La Ley.
Redondo Trigo De nuevo sobre la retribución de los administradores ¿Estatutos o Pactos Parasociales?, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 711, 2009, páginas 522-532.
Redondo Trigo. Los pactos parasociales y la impugnación de acuerdos sociales por su infracción tras la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año nº 85, Nº 715, 2009.
Redondo Trigo. La impugnación de acuerdos sociales Nemo venire contra factum proprium. Bona fides. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 765, 2018.
Redondo Trigo. Los pactos parasociales y la relatividad contractual (unas notas para la reflexión). Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 793, 2022.
Sáez Lacave. Reconsiderando los deberes de lealtad de los socios: el caso particular de los socios de control de las sociedades cotizadas. Indret, 2016.
Vela Torres. Impugnación de acuerdos y revocación o sustitución de los mismos. Buena fe e impugnación de acuerdos conformes con un pacto parasocial, en A. Cohen (dir.), Derecho de sociedades: revisando el derecho de sociedades de capital, Tirant lo Blanch, Valencia 2018.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1920
- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2002
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007
- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2011
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2013
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2017
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2012
- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2022
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de febrero de 2013
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero 2016
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 18 diciembre de 2022

NOTAS

[1] Díez-Picazo. <La doctrina de los actos propios [Un estudio crítico sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo]. 2ª ed., mayo 2014>

[2] Alfaro Águila-Real, ya criticó gráficamente el requisito reglamentario, de la siguiente forma: <Carece de sentido, en efecto, que pueda considerarse nula una cláusula estatutaria donde se recojan las causas de exclusión de socios simplemente porque, en lugar de utilizar el supuesto de hecho específico ("cometer homicidio contra otro socio") utilice cláusulas generales ("justos motivos"; "comportamiento indecoroso"..), como pretende el artículo 207 del Reglamento del Registro Mercantil cuando exige que los estatutos determinen las causas de exclusión "concreta y precisamente">. Alfaro Águila-Real. <Conflictos intrasocietarios (Los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada)>. Estudios de derecho mercantil: homenaje al profesor Justino F. Duque / Justino F. Duque Domínguez (hom.), Vol. 1, 1998, pág.1121.

[3] No obstante, coincidimos con Alfaro Águila Real al comentar esta STS 7-IV-2022 (JUR 2022, 129041) (PROV 2022, 129041), <Es un absurdo que la sociedad firme un pacto del que es objeto, puesto que la sociedad, aunque firme, no es parte del pacto en el sentido de que no tiene un interés independiente del de los socios. El sentido de la firma del pacto parasocial por la sociedad es únicamente el de que los socios se aseguren de que los órganos sociales se han 'enterado' (toma de razón) de que los socios han celebrado el pacto parasocial y, por tanto, cuando haya que hacer su enforcement, sepan a qué atenerse (los administradores de la sociedad) y actuar en consecuencia (legitimándose, por ejemplo, los administradores para exigir al socio el cumplimiento del pacto si éste preveía una prestación a cargo del socio y a favor de la sociedad). Pero es absurdo suponer que la posición de la sociedad cambia por el hecho de que haya firmado el pacto>.

https://derechomercantilespana.blogspot.com/2022/04/oponibilidad-la-sociedad-de-pactos.html

Este planteamiento ya está expresado, y desechado, por Paz-Ares en su conocido artículo sobre el <Enforcement de los Pactos Parasociales>, quien señalaba en una nota al pie de su artículo: <Hay algunos autores que vienen pregonando la idea de que los pactos parasociales resultan oponibles a la sociedad cuando la propia sociedad sabe de ellos o, al menos, cuando los suscribe y pasa a ser —no se sabe muy bien a qué título— parte… El planteamiento, sin embargo, resulta altamente discutible. La oponibilidad de los pactos nada tiene que ver con el conocimiento, ni siquiera con el consentimiento de la sociedad>.

Paz-Ares. <Enforcement de los Pactos Parasociales> *Uría & Menéndez, Artículos, 5/2003.*

[4] Paz-Ares. < Violación de pactos, impugnación de acuerdos y principio de no contradicción>. *Revista de Derecho Mercantil num.325/2022.*

[5] Martínez Rosado. <Los pactos de sindicación para el órgano de administración. >, en *Los pactos parasociales,* Marcial Pons, 2017, pág. 353. En contra, Noval Pato. *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad.* Marcial Pons, 2012, pág. 116.

Con carácter general, sobre esta cuestión. Paz-Ares. <Fundamento de la prohibición de los pactos de voto para el consejo>. Indret 4/2010.

[6] Vid. la entrada en Almacén de Derecho sobre esta sentencia de Iribarren. <La exclusión de socios que incumplen pactos parasociales>. 2023, https://almacendederecho.org/la-exclusion-de-socios-que-incumplen-pactos-parasociales, quien razona que: <…la solución de la sentencia ni siquiera se justifica por ser fiel a la rígida doctrina de la inoponibilidad de los pactos parasociales del Tribunal Supremo. No olvidemos que este tribunal, aunque es tajante

al rechazar la impugnación de los acuerdos contrarios a pactos parasociales universales, no sigue el mismo criterio a la inversa [lo que no deja de ser paradójico, hay que reconocerlo. V., últimamente, Cándido Paz-Ares, "Violación de pactos, impugnación de acuerdos y principio de no contradicción", RDM, núm. 325, 2022, que con razón critica la inconsistencia interna de las soluciones del Supremo]. Quiero decir que cuando la impugnación recae sobre un acuerdo adecuado al pacto, aunque impugnable, sí acepta el Tribunal Supremo el argumento —empleado por la sociedad o los socios que defiendan la validez del acuerdo— basada en la mala fe (por volverse contra sus propios actos) del impugnante que, pese a haber firmado el pacto, lo transgrede. V., como ejemplo, la STS núm. 103/2016, de 25 de febrero.>.

[7] Redondo Trigo. <Los pactos parasociales y la impugnación de acuerdos sociales por su infracción tras la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo>. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Año nº 85, Nº 715, 2009.

Redondo Trigo <De nuevo sobre la retribución de los administradores ¿Estatutos o Pactos Parasociales?>, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 711, 2009, páginas 522-532.

Redondo Trigo. <Los pactos parasociales y la relatividad contractual (unas notas para la reflexión). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 793, 2022, páginas 2949-2941.

[8] Alfaro Águila-Real. <*Conflictos intrasocietarios (Los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada)*>. Estudios de derecho mercantil: homenaje al profesor Justino F. Duque / Justino F. Duque Domínguez (hom.), Vol. 1, 1998, págs. 1119-1120.

[9] Álvarez Royo Villanova. https://almacendederecho.org/existe-un-deber-de-lealtad-de-los-socios-lo-que-esta-en-juego.

[10] Girón Tena. *Derecho de Sociedades,* 1976, p. 423; Paz Ares, *Comentarios al Código Civil*. Ministerio de Justicia, 1993, páginas 1326-1327; Recalde Castells, <Deberes de fidelidad y exclusión del socio incumplidor en la sociedad civil. Comentario a la STS (Sala 1) de 6 de marzo de 1992>, *La Ley*, p. 304-316.

[11] Sáez Lacave. <Reconsiderando los deberes de lealtad de los socios: el caso particular de los socios de control de las sociedades cotizadas>. Indret, 2016.

[12] Carrasco Perera. <Racionalidad económica y deber de lealtad entre socios>. *Foro de Derecho Mercantil.* Nº 40 julio-septiembre 2013.

[13] Vid. *Conflictos*...pág. 1101 y 1102.

[14] Alonso Ledesma. <La autonomía de la voluntad en la exclusión y separación de socios>. *Revista de Derecho Mercantil num.287/2013.*

[15] Fachal Noguer. <Los justos motivos como causa de ruptura del vínculo social>. *Revista Aranzadi Doctrinal, 5/2022.*

[16] De forma menos tajante, Paz-Ares, en < Violación de pactos…pág. 59), cuando razona que: <Y la vía más adecuada para expresarla consiste precisamente en configurar el cumplimiento del pacto parasocial como prestación accesoria y su infracción como causa de exclusión, conforme a los arts. 89.2, 350 y 351 LSC 80. 79 Otra cosa es que pudiera llegarse a él a través de la cláusula general de exclusión por justos motivos, pero para ello sería preciso, primero, que está cláusula fuese reconocida por la doctrina y la jurisprudencia con carácter general (como ha propuesto, con buenas razones, Alfaro, 1996, pp. 1100-1101) y, segundo, que el incumplimiento del pacto omnilateral revista, en cada caso, la gravedad necesaria para ser considerado justo motivo de exclusión.>

[17] Redondo Trigo. <La impugnación de acuerdos sociales "Nemo venire contra factum proprium. Bona fides>. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* nº 765, 2018, págs.. 584-600.

[18] Díez Picazo. *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo.* Civitas, 2º ed. 2014, p.p 216-218.

[19] García de Enterría. <La doctrina de los actos propios y el sistema de lesividad>. *Revista de la Administración Publica,* 20 (1956), pp. 71-72.

[20] Se refiere García de Enterría a Puig Brutau. *Actos propios,* en *Nueva Enciclopedia Jurídica, II,* páginas 348 y siguientes y *Estudios de Derecho Comparado. La doctrina de los actos propios.* Barcelona 1951, páginas 97 y siguientes.

[21] Miquel González, *Comentarios del Código Civil, Ministerio de Justicia, Tomo I.* Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1.993, 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 propium,* 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 éste le ha transmitido fiduciariamente a él todas sus acciones (STS 24-IX-1987)…>

[22] 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.>

[23] 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.>

[24] Paz-Ares, en < Violación de pactos…pág. 53).

[25] Vela Torres. <Impugnación de acuerdos y revocación o sustitución de los mismos. Buena fe e impugnación de acuerdos conformes con un pacto parasocial>, en A. Cohen (dir.), *Derecho de sociedades: revisando el derecho de sociedades de capital,* Tirant lo Blanch, Valencia 2018, pp. 1453 ss.

[26] Díez-Picazo ("La Doctrina…pág. 203"), concluye al respecto que: <…En el epígrafe anterior hemos visto la exigencia de coherencia del comportamiento es una derivación inmediata del principio general de buena fe. Ello admitido, ninguna dificultad existe para comprender por qué la contradicción de la propia conducta se sitúa en el mimo orden de ideas. La conducta contradictoria es una contravención o una infracción del deber de buena fe>.

[27] Miquel González, *Comentarios del Código Civil, Ministerio de Justicia*, Tomo I. Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1.993, página 46

3. URBANISMO

Posibilidades de concentración de la afección real urbanística reparcelatoria y de su sustitución por otras garantías

Possibilities of concentrating the urban security right or replacing it by other guarantees in plot-redivision procedures

por
EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN
Abogado

RESUMEN: En este comentario se analizan las posibilidades de sustitución de la afección real de fincas de resultado de la reparcelación por otro tipo de garantías así como de la concentración de dicha afección real sobre algunas de las fincas reduciendo o suprimiendo la afección real de otras.

ABSTRACT: This comment analyses the possibilities of replacing the legal security right of plots defined by a plot redistribution project by another kind of guarantees, and the possibilities of concentrating such security right on certain plots by decreasing or removing the legal security of other plots.

PALABRAS CLAVE: Proyecto de reparcelación, afección real, concentración, sustitución, garantía.

KEYWORDS: Plot redistribution project, legal security right, concentration, substitution, replacement, guarantee.

Resolución de 25 de abril de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

SUMARIO: I. RESUMEN DE LOS HECHOS.—II. EXTRACTO DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO.—III. COMENTARIOS: 1. Planteamiento. 2. Previsiones legales sobre las posibilidades de concentración y sustitución de la afección real. *A) Legislación estatal. B) Legislación autonómica*. 3. El principio de equidistribución como punto de partida. 4. La regla general de distribución proporcional de la carga real entre las fincas de resultado. 5. Reglas especiales y excepcionales:

SUPUESTOS LEGALES DE SUSTITUCIÓN Y CONCENTRACIÓN. *A) El deber de cesión gratuita de suelos por ministerio de la ley. B) Los bienes de dominio público que no participan en el aprovechamiento. C) Las fincas adjudicadas con carácter fiduciario a las juntas de compensación. D) La posible incorporación de empresas urbanizadoras. E) La posibilidad de pago en especie de los gastos de urbanización*. 6. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD APLICABLE EN MATERIA REPARCELATORIA SEGÚN LA LEGISLACIÓN, LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA. 7. CONSIDERACIONES SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LA SUSTITUCIÓN Y CONCENTRACIÓN PESE AL SILENCIO DE GRAN PARTE DE LAS LEYES AUTONÓMICAS. 8. LIMITACIONES Y CONDICIONANTES LEGALES. *A) Remisión a la legislación urbanística aplicable. B) Validación por el ayuntamiento de las operaciones de sustitución o concentración. C) Extensión subjetiva y objetiva del control municipal. D) Suficiencia de la garantía del pago de los gastos de urbanización. E) El consentimiento de titulares registrales de derechos y cargas*.

I. RESUMEN DE LOS HECHOS

Se suspende la inscripción de una sentencia dictada en un procedimiento civil por la que se acuerda, entre otros pronunciamientos, la división material en dos de una finca resultante de una reparcelación previamente inscrita, así como la distribución entre las dos nuevas fincas formadas de la afección urbanística derivada del proyecto de reparcelación que gravaba la finca matriz, aunque sin especificar la magnitud de la carga para cada una de ellas.

La registradora considera necesario para inscribir la concreción de garantía, al tratarse de una carga urbanística, el consentimiento del Ayuntamiento aprobando la distribución.

II. EXTRACTO DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO

Interpuesto recurso contra la calificación registral, la Dirección General de los Registros y del Notariado desestimó el recurso confirmando dicha calificación en su Resolución de 25 de abril de 2016, de cuyos pronunciamientos destacamos a continuación los más relevantes a los efectos de este comentario.

«2. La ordenación del territorio, tal y como se configura en las normas urbanísticas, está basada en el principio de equidistribución y en consecuencia en el de justa distribución de beneficios y cargas, que ha de garantizar a todos los propietarios de suelo de cada área urbanística el porcentaje susceptible de apropiación correspondiente, a su vez y con la misma finalidad supone la imposición de un deber legal imputable a los propietarios del suelo, todo ello bajo la tutela, fiscalización y control de la Administración. La ejecución del planeamiento es por lo tanto una función pública en la que los propietarios del suelo, pueden intervenir en mayor o menor medida según el sistema de ejecución que se aplique (compensación, cooperación o expropiación y, más recientemente, la figura del agente urbanizador).

Cuando el desarrollo del planeamiento se lleva a cabo mediante gestión directa supone que la actividad urbanística es asumida por la propia Administración o por una entidad de su sector público (organismo autónomo, agencia pública,

sociedad mercantil de capital exclusivo público,...) que realiza la parte esencial de su actividad para la Administración urbanística. La gestión indirecta se produce cuando la actividad urbanística y los riesgos de ésta son asumidos por terceros ajenos a la Administración.

En la gestión indirecta, el agente urbanizador que fue introducido por primera vez por la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la actividad urbanística, valenciana, puede definirse, conforme ya hizo la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, urbanística valenciana, como la persona, física o jurídica, seleccionada por la Administración en un procedimiento público que asume el cumplimiento de las obligaciones de las que son sujetos pasivos los propietarios del suelo a cambio de obtener la pertinente retribución por parte de los indicados propietarios del suelo, de manera que la Administración se asegura un interlocutor y permite concretar el alcance y el modo de cumplimiento de las obligaciones que, legalmente, están atribuidas a los propietarios, controlando el proceso de cumplimiento de las mismas y las características y calidad de las obras de urbanización que han de serle cedidas. Estas obligaciones de los propietarios y los correlativos derechos de la Administración no se ven alterados por la intervención del agente urbanizador que es un mero gestor que, por medio de la redacción de los instrumentos de planeamiento y gestión urbanística, facilita tanto el cumplimiento de las obligaciones de los propietarios de suelo como la participación de la Administración actuante en las plusvalías generadas por la acción urbanística.

La relación jurídica entre la Administración urbanística y el agente urbanizador conserva en consecuencia su carácter público porque está vinculada a una función específica de la Administración Pública, ahora bien con la peculiaridad de que la retribución del agente urbanizador no la sufraga la Administración actuante, sino que corresponde a los propietarios del suelo que no sólo tienen que sufragar las cargas de la urbanización, sino que también costean el beneficio empresarial del agente urbanizador, sin embargo quien decide la cuantía de las contraprestaciones no son los propietarios, ni los propietarios y el urbanizador, sino la Administración actuante, y ello porque el control y dirección del proceso urbanístico, con independencia de la forma de gestión, siguen correspondiendo a la Administración municipal.

3. En cuanto a la afección de las fincas afectadas por el procedimiento urbanizador, nuestro ordenamiento urbanístico atendiendo a las distintas etapas del procedimiento, distingue entre la afección de los terrenos al cumplimiento de las obligaciones que se derivan del inicio del proceso de transformación urbanística, que se inicia con la delimitación de una unidad de ejecución, de la afección real de las fincas al pago de los gastos de urbanización con ocasión de la aprobación del proyecto de equidistribución.

(...) Durante el período anterior a la aprobación del proyecto son además frecuentes los pactos compensatorios o la sustitución de garantías, situaciones que se reflejaran o serán tenidas en cuenta para la determinación de la afección una vez aprobado el proyecto, como resulta del artículo 19.1.b y 19.3 del Real Decreto 1093/1997.

El artículo 54 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo, adoptó la mecánica de dicho artículo que se recoge actualmente el artículo 68.1 del Real Decreto Legislativo 7/2015,

de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

La aprobación definitiva del proyecto de equidistribución, da lugar al nacimiento a las fincas de resultado que, desde ese mismo momento, se afectan al pago de los gastos de urbanización en la proporción que individualmente les corresponda Así, el artículo 51.1 del texto refundido de la Ley de suelo de 2008, actual 65.1.a) del Real Decreto Legislativo 7/2015, establece: «Serán inscribibles en el Registro de la Propiedad: a) Los actos firmes de aprobación de los expedientes de ejecución de la ordenación urbanística en cuanto supongan la modificación de las fincas registrales afectadas por el instrumento de ordenación, la atribución del dominio o de otros derechos reales sobre las mismas o el establecimiento de garantías reales de la obligación de ejecución o de conservación de la urbanización y de las edificaciones». Para la efectividad de dicha afección el Real Decreto 1093/1997, reguló su constancia registral en sus artículos 19 y 20.

4. La naturaleza del crédito urbanístico y de su garantía real, en la terminología utilizada por la legislación urbanística ha sido, y sigue siendo objeto de una amplia discusión doctrinal. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido perfilando la configuración de dichas figuras. En este sentido son fundamentales las Sentencias de 15 y 21 de julio de 2014 y 23 de julio de 2015, cuyo contenido, en lo que aquí interesa es el siguiente:

En cuanto a la naturaleza jurídica del crédito por obras de urbanización, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1994 señala que la ejecución de unas obras de urbanización es obra de naturaleza pública cuya titularidad corresponde a la Administración actuante. En este sentido importa destacar no sólo las facultades reconocidas a la Administración para vigilar la ejecución de las obras e instalaciones —artículo 175.3 del Reglamento de Gestión Urbanística— sino las cláusulas que, según el artículo 176.3 del mismo Reglamento, debe necesariamente contener todo contrato de ejecución de obra concertado por la junta de compensación; también, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2007, se refiere a la naturaleza de obra pública las referidas a la urbanización llevadas a cabo por encargo de la junta de compensación; la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 23 de junio de 2010, dice: «se está ante una obra de condición pública, la cual debe realizarse conforme a un proyecto aprobado por el Ayuntamiento, cosa que confiere naturaleza administrativa al contrato, en atención a la naturaleza administrativa de la Junta de Compensación y a la naturaleza pública de la obra».

En cuanto al carácter de garantía real de la obligación. Son de destacar los siguientes preceptos: El artículo 16.6 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo (hoy artículo 18.6 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre) establece: «los terrenos incluidos en el ámbito de las actuaciones y los adscritos a ellas están afectados, con carácter de garantía real, al cumplimiento de los deberes del apartado anterior». También el artículo 126 del Reglamento de Gestión Urbanística, dispone: «las fincas resultantes quedarán afectadas, con carácter real, al pago del saldo de la cuenta de liquidación del proyecto de reparcelación aprobado que a cada una se le asigne (...) Esta afección será preferente a cualquier otra y a todas las hipotecas y cargas anteriores, excepto a los créditos a favor del Estado...», y el artículo 178

del mismo texto legal, señala: «las fincas resultantes del acuerdo definitivo de compensación quedarán gravadas, con carácter real, al pago de la cantidad que corresponda a cada finca, en el presupuesto previsto de los costes de urbanización del polígono o unidad de actuación a que se refiera, en su día al saldo definitivo de la cuenta de dichos costes». Por último, el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística, reitera, en su artículo 19, lo siguiente: «quedarán afectos al cumplimiento de la obligación de urbanizar, y de los demás deberes dimanantes del proyecto y de la legislación urbanística, todos los titulares del dominio u otros derechos reales sobre las fincas de resultado del expediente de equidistribución, incluso aquellos cuyos derechos constasen inscritos en el Registro con anterioridad a la aprobación del Proyecto, con excepción del Estado...». La jurisprudencia se ha pronunciado sobre el carácter privilegiado y preferente de las cargas urbanísticas a favor de la junta de compensación. Así, entre otras, la muy expresiva Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1990, Sala Tercera, Sección Primera, cuando señala: «por muchas que sean las hipotecas que recaigan sobre una parcela no afectan a la garantía de los costes de urbanización que le correspondan, ya que de acuerdo con el art. 126 del Reglamento de Gestión Urbanística al que se remite el 178 estos costes quedan asegurados con garantía real preferente o cualquier otro y a todas las hipotecas y cargas anteriores».

Concluyen las citadas Sentencias afirmando que las obligaciones derivadas de los planes de ordenación urbanística, concretamente las derivadas de la urbanización de la unidad de actuación, son obligaciones de carácter real, que dan una preferencia de cobro sobre el bien afectado, por encima de cualquier otro derecho inscrito con anterioridad, por lo que cabe hablar de una hipoteca legal tácita. La constancia registral de la afección marca el momento a partir del cual la preferencia se predica «erga omnes», y se extiende incluso, a cargas anteriores inscritas».

5. Queda analizar la legislación autonómica aplicable a este expediente, pues la determinación de los gastos y por lo tanto el objeto de la afección y su control corresponde de manera exclusiva y excluyente a la Comunidad Autónoma conforme al artículo 148.2 de la Constitución.

El artículo 80 de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de la Generalitat, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana, señala como objeto de la reparcelación «(…) c) Retribuir al urbanizador por su labor, ya sea adjudicándole parcelas edificables o afectando estas a sufragar las cargas de urbanización (…) h) Concretar y asignar a cada propietario la parte correspondiente de las cargas de urbanización y establecer las condiciones y garantías del pago de las mismas».

Por su parte el artículo 93, que regula los efectos de la reparcelación señala que la aprobación de la reparcelación forzosa producirá los efectos siguientes: «c) Afección real de las fincas resultantes privadas al cumplimiento de las cargas y al pago de los gastos inherentes al proceso urbanizador».

Por lo tanto, al marco regulado por la legislación valenciana le son de aplicación los anteriores pronunciamientos.

(...) En conclusión, puesto que la carga urbanística se asigna en función del aprovechamiento atribuido, por lo que su división debe conservar el criterio de

proporcionalidad respecto a la finca resultante que no solo se determina en función de la superficie, y dado que, como se ha dicho anteriormente, la afección no solo garantiza la retribución y beneficio del urbanizador y la garantía legal es de interés público, con importantes privilegios y efectos «erga omnes» desde su inscripción, su alteración debe requerir la intervención del órgano administrativo que tiene legalmente atribuida la dirección y control del procedimiento urbanístico. No hay que olvidar que la ordenación del territorio, tal y como se configura en las normas urbanísticas, está basada en el principio de equidistribución y en consecuencia en el de justa distribución de beneficios y cargas, tal objetivo podría quedar fácilmente estéril si posteriormente los particulares, o éstos y el urbanizador pueden comerciar libremente con dichos porcentajes de distribución sin tener en cuenta las propias limitaciones derivadas del régimen urbanístico de la propiedad del suelo, ya que este el régimen es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.

(...) En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora en los términos que resultan de las anteriores consideraciones».

III. COMENTARIOS

1. Planteamiento

El presente comentario se centra en la afección real de las fincas de resultado de un expediente de equidistribución urbanística al pago de los gastos de urbanización que accede al Registro de la Propiedad en el cuerpo de la inscripción de dichas fincas en virtud del correspondiente título reparcelatorio.

A tal fin, la concreción de la garantía real tiene lugar mediante la constancia en la inscripción de las fincas de resultado de las circunstancias previstas en el artículo 19.1 del Real Decreto 1093/1997: que la finca queda afecta al pago del saldo de la liquidación definitiva de la cuenta del proyecto, el importe que le corresponda en el saldo de la cuenta provisional de la reparcelación y la cuota que se le atribuya en el pago de la liquidación definitiva por los gastos de urbanización y los demás del proyecto, sin perjuicio de las compensaciones procedentes, por razón de las indemnizaciones que pudieren tener lugar.

No nos referimos, por tanto, a la conocida como nota de afección al sistema de actuación o nota marginal de inicio del expediente de equidistribución que se practica en el folio de cada una de las fincas de origen, que no puede confundirse con la afección real de las fincas de resultado al pago de los gastos de urbanización, con la que presenta importantes diferencias. Entre tales diferencias destacan las derivadas de su régimen jurídico y efectos radicalmente distintos (en el caso de la nota de afección, se contemplan en los artículos 5 y 14 y siguientes del citado Real Decreto y en el caso de la verdadera afección real urbanística, en los artículos 19 y 20), de la clase de asiento a practicar (en el primer caso, el de nota marginal y en el segundo, el de inscripción), de la clase de fincas sobre las que recaen (el primero recae sobre las fincas de origen de la reparcelación y el segundo, sobre

las de resultado), del título inscribible (solicitud o instancia en un caso y proyecto de equidistribución en el otro) y de su duración y régimen de cancelación (siendo susceptible de prórrogas sucesivas la nota marginal pero no la afección real)[1].

Pese a las diferencias que acabamos de esbozar, la legislación urbanística no siempre ha dado muestras de una total precisión a la hora de deslindar ambos conceptos. Como ejemplo de ello cabe citar el artículo 18.6 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana cuando establece que «Los terrenos incluidos en el ámbito de las actuaciones y los adscritos a ellas están afectados, con carácter de garantía real, al cumplimiento de los deberes de los apartados anteriores», pues el primer inciso hace clara referencia a las fincas de origen (terrenos interiores y sistemas generales adscritos) mientras que la auténtica «garantía real» a la que también se refiere es predicable de las fincas de resultado, al mismo tiempo que algunos de los deberes a los que se remite afectan a las primeras y otros a las segundas.

Más certero es el Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística, cuyo artículo 113.1.d) exige que el título reparcelatorio inscribible refleje la «cuantía del saldo de la cuenta de liquidación provisional con que quede gravada cada una de las fincas adjudicadas». Por su parte, el artículo 126 establece en sus apartados 1 y 2[2] que «Las fincas resultantes quedarán afectadas, con carácter real, al pago del saldo de la cuenta de liquidación del proyecto de reparcelación aprobado que a cada una se le asigne» y que «Esta afección será preferente a cualquier otra y a todas las hipotecas y cargas anteriores, excepto a los créditos en favor del Estado a que se refiere el número 1 del artículo 1.923 del Código Civil y a los demás créditos tributarios en favor del Estado, que estén vencidos y no satisfechos y se hayan hecho constar en el Registro antes de practicarse la afección a que el presente artículo se refiere». Finalmente, el apartado 1 del artículo 178[3] añade que «Las fincas resultantes del acuerdo definitivo de compensación quedarán gravadas, con carácter real, al pago de la cantidad que corresponda a cada finca, en el presupuesto previsto de los costes de urbanización del polígono o unidad de actuación a que se refiera, en su día al saldo definitivo de la cuenta de dichos costes».

La afección real objeto de inscripción en el folio de las fincas de resultado del proyecto de reparcelación es, como señala GARCÍA GARCÍA[4], una auténtica garantía real de la obligación de ejecución de la urbanización. Es una afección de garantía y no de mera publicidad y tiene por objeto asegurar el pago del saldo de la liquidación definitiva de la reparcelación correspondiente a cada finca. Gran parte de la doctrina, con LASO MARTÍNEZ, la cataloga dentro de la categoría de las hipotecas legales tácitas[5], como ha declarado también la jurisprudencia[6].

Así lo entiende también la Dirección General en la Resolución de 25 de abril de 2016, objeto de este comentario, el cual se centra en el estudio de la posibilidad de sustitución de la afección real urbanística por otras formas de garantía y la de su concentración en una o más fincas de resultado con liberación total o parcial de la responsabilidad que en otro caso sería imputable a otras. Como vimos, la Resolución contiene varias afirmaciones sobre esta materia y luego volveremos sobre este extremo.

2. Previsiones legales sobre las posibilidades de concentración y sustitución de la afección real

A) Legislación estatal

Ni el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana ni el Reglamento de Gestión Urbanística contemplan la posible sustitución de la afección real ni su concentración sobre algunas de las fincas resultantes de la reparcelación.

Es el apartado 3 del artículo 19 del Real Decreto 1093/1997 el que dispone que «No será necesaria la constancia registral de la afección cuando del proyecto de equidistribución resulte que la obra de urbanización ha sido realizada y pagada o que la obligación de urbanizar se ha asegurado mediante otro tipo de garantías admitidas por la legislación urbanística aplicable».

Se contempla así la posibilidad de sustitución de la afección real, concepto genérico en el que tienen cabida tanto la sustitución propiamente dicha por otra forma de garantía como la concentración, que en realidad puede considerarse como una especie concreta de sustitución de la afección en relación con algunas de las fincas de resultado al quedar esta reemplazada total o parcialmente por otra garantía de idéntica naturaleza pero que se hace recaer sobre fincas diferentes que ven de este modo incrementada la responsabilidad que en otro caso les correspondería en proporción a sus respectivas cuotas de participación en la actuación urbanística.

B) Legislación autonómica

En algunas comunidades autónomas se regula la sustitución de la afección real por otras garantías y su posible concentración sobre algunas de las fincas de resultado.

Entre ellas cabe citar, en primer lugar, la legislación andaluza, que prevé expresamente la sustitución en el artículo 161 del Decreto 550/2022, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía al establecer que «No será preciso afectar las fincas al pago de los gastos de urbanización cuando del proyecto de reparcelación resulte que la obligación de urbanizar se ha asegurado íntegramente mediante otro tipo de garantías, que deberán depositarse ante la Administración actuante y ser aprobadas por ésta». El mismo Decreto en sus artículos 163 y 164, en desarrollo del 92.6 de la citada Ley, regula la posibilidad de su concentración en algunas de las fincas de resultado pero sólo para el caso de existir varias fases de urbanización y siempre que las parcelas que hayan quedar liberadas se localicen en una fase cuya urbanización haya sido completada y recibida por la Administración actuante. En tales supuestos se exige, además, que la operación de concentración sea aceptada expresamente por el propietario y los titulares de derechos y cargas inscritos sobre las fincas en que se pretenda concentrar la afección.

En Asturias, el artículo 193.c del Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y

Urbanismo de Asturias incluye entre los efectos de la reparcelación el consistente en la «Afectación real de las parcelas adjudicadas al cumplimiento de las cargas y pago de los gastos inherentes al sistema de actuación correspondiente, que podrá ser sustituida por otra garantía que la Administración actuante considere suficiente».

La misma norma se recoge en el artículo 155 del Decreto 143/2021, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de ordenación territorial y urbanística sostenible de Extremadura, que añade que «A tales efectos, podrá considerarse suficiente la garantía por el importe íntegro de los gastos asignados en la cuenta de liquidación provisional a las parcelas adjudicadas».

Por su parte, el Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Urbanismo de Cataluña admite en su artículo 159 la concentración de la afección siempre que esté prevista en el proyecto de reparcelación o que, en otro caso, «la finca sobre la cual se pretenda la concentración esté valorada en cuantía suficiente para soportar su propia responsabilidad y la de la finca liberada y que consientan en la concentración todas las personas que sean titulares, tanto del dominio como de otros derechos o cargas».

Finalmente, la concentración se regula también en el artículo 146 del Reglamento General de la Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de Urbanismo de las Illes Balears, para la isla de Mallorca de forma similar a la prevista en la legislación catalana.

En cambio, en otras comunidades autónomas la legislación del suelo guarda silencio sobre las posibilidades de concentración y sustitución de la afección real urbanística, planteándose la duda de si el régimen del artículo 19.3 del Real Decreto 1093/1997 resulta de aplicación en aquellas comunidades a falta de habilitación expresa por sus leyes particulares.

3. El principio de equidistribución como punto de partida

Como se ha visto, la legislación andaluza contempla tanto la sustitución de la afección real urbanística como su concentración en fincas determinadas; en algunas comunidades autónomas se regula tan sólo una de estas posibilidades, y finalmente, son muchas las que no hacen referencia expresa alguna a estas operaciones. Sin embargo, consideramos que hay argumentos de peso para entender que ese silencio no es equiparable a su prohibición sino más bien lo contrario.

El fundamento último de la afección real se encuentra en el principio de equidistribución o de distribución equitativa de los deberes y derechos derivados del planeamiento urbanístico, capital en materia de urbanismo. En efecto, la afección real es la consecuencia tanto sustantiva como registral del deber de los propietarios de costear la urbanización y la forma prevista para garantizar su cumplimiento.

Ahora bien, en la legislación vigente este principio se aplica de forma directa a todos y cada uno de los propietarios afectados por la actuación urbanística de que se trate, pero no necesariamente a todas y cada una de las fincas de las que sean titulares dentro del ámbito.

Así resulta de numerosos preceptos que hacen referencia al principio de equidistribución tanto de la legislación estatal como de la autonómica. Cabe citar en

este sentido los artículos 13.2.c), 14.c), 16.3, 17.2, 23.1, 24.2.a) del texto refundido estatal de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana de 2015, los cuales refieren este principio a todos y cada uno de los «propietarios», «titulares», «partícipes» o sujetos «interesados» o «afectados» por el expediente, y en ningún caso a todas y cada una de las fincas incluidas en el sector o unidad de ejecución de que se trate[7].

En este sentido, el artículo 13.2.c) del texto refundido estatal dispone que «El derecho a participar en la ejecución de las actuaciones de nueva urbanización, en un régimen de equitativa distribución de beneficios y cargas entre todos los propietarios afectados en proporción a su aportación». De forma análoga, el artículo 4.2.d) de la Ley del Suelo madrileña establece que la potestad de garantía del cumplimiento del régimen urbanístico comprende, entre otras facultades, la de «Garantizar la efectividad del principio de distribución equitativa de beneficios y cargas derivados de la ordenación urbanística entre los propietarios de suelo».

Como vimos, el Reglamento de Gestión Urbanística exige en su artículo 113.1.d) que el título reparcelatorio inscribible refleje la «cuantía del saldo de la cuenta de liquidación provisional con que quede gravada cada una de las fincas adjudicadas» y en su artículo 178.1 añade que «Las fincas resultantes del acuerdo definitivo de compensación quedarán gravadas, con carácter real, al pago de la cantidad que corresponda a cada finca, en el presupuesto previsto de los costes de urbanización del polígono o unidad de actuación a que se refiera, en su día al saldo definitivo de la cuenta de dichos costes». Sin embargo, tales preceptos no predeterminan la medida en que la carga ha de distribuirse entre las fincas, dejando libertad para tal asignación en su artículo 126.1, según el cual «Las fincas resultantes quedarán afectadas, con carácter real, al pago del saldo de la cuenta de liquidación del proyecto de reparcelación aprobado que a cada una se le asigne».

Como una de las múltiples manifestaciones del principio al que nos referimos, la afección real asegura el cumplimiento de una obligación legal de cada propietario y recae sobre sus fincas a fin de lograr la distribución equitativa entre todos ellos de las cargas y beneficios de la actuación, sin que en ningún precepto se exija de manera terminante que esta proporcionalidad se produzca también necesariamente respecto de todas y cada una de las fincas de resultado. Si bien esta última fórmula constituye la regla general, existen múltiples excepciones a ella, como veremos.

Por tanto, el carácter eminentemente subjetivo del principio de distribución equitativa es igualmente predicable de la afección real. En efecto, esta última, aunque recae directamente sobre las fincas[8], cumple su cometido siempre que quede asegurada la equidistribución entre todos los propietarios, lo cual exige, según la regla general ya aludida, que todas las fincas adjudicadas a cada uno de ellos, consideradas en su conjunto, respondan con carácter real de las cargas imputables a ellos, pero para ello no es rigurosamente necesario que la afección real se encuentre repartida proporcionalmente entre todas y cada una de sus fincas.

En definitiva, el principio de equidistribución determina, en lo que aquí interesa, que las cargas de urbanización deben repartirse entre todos los propietarios de manera proporcional a sus respectivas aportaciones, proporción que en ningún caso se exige respecto de cada una de las fincas resultantes de la reparcelación. Esto permite llegar a una primera conclusión a la vista del régimen legal vigente: la afección real no es sino la garantía prevista legalmente para asegurar el cumplimiento del deber

de costear las obras de urbanización, deber que igualmente se impone por la Ley a cada propietario, de donde resulta que aquella garantía cumplirá su finalidad con independencia de la forma en que sea distribuida en el expediente reparcelatorio entre las fincas que se adjudicaran a cada uno de ellos en el caso de ser varias, siempre que la garantía así constituida sea suficiente para tal alcanzar tal finalidad y se cumplan determinados condicionantes a los que más adelante nos referiremos.

4. La regla general de distribución proporcional de la carga real entre las fincas de resultado

Como se ha visto, el principio de equidistribución tiene una carácter eminentemente subjetivo, al venir referido a todos los propietarios afectados por el expediente de equidistribución. Todos ellos han de responder de los gastos de urbanización en proporción a sus respectivas cuotas de participación, las cuales a su vez coinciden con la suma de las cuotas asignadas a cada una de las fincas de resultado que se adjudiquen a cada uno de ellos.

En todo caso, y dado que la garantía de aquel deber imputable a cada propietario ha de recaer con carácter real sobre las fincas que le sean adjudicadas, resulta necesario analizar la forma y medida en que aquella garantía ha de concretarse entre tales fincas.

Aunque en ningún precepto se establezca de forma explícita, puede decirse como punto de partida que, en la aplicación del principio de equidistribución a las fincas de resultado de la reparcelación, la regla general o natural es la consistente en que cada una de ellas responda de las cargas de urbanización en proporción a la cuota de participación individualmente asignada a las mismas en función del aprovechamiento correspondiente.

Sin embargo, esa regla general, como todas las de este carácter, admite reglas especiales o incluso excepcionales en que se aplican otros criterios diferentes, incluida la posibilidad de su sustitución de la afección como expresamente admite el artículo 19.3 del RD 97, sin duda por entender que con la garantía sustitutoria queda igualmente asegurado el principio de equidistribución.

5. Reglas especiales y excepcionales: supuestos legales de sustitución y concentración

Según se ha visto, ninguna norma de la legislación urbanística impone de manera taxativa que la garantía real prevista para asegurar el cumplimiento del deber de contribuir a los gastos de urbanización correspondiente a cada propietario recaiga, en el caso de que le sean adjudicadas varias fincas, sobre todas ellas en proporción al valor o cuota de participación de cada una, si bien tal reparto proporcional parece ser el más natural a falta de otro criterio.

Todo lo expuesto deja abierta desde la legislación la posibilidad de distribución de la garantía real entre las fincas que se adjudiquen en la reparcelación a uno de los propietarios en una proporción distinta a la que apunta la regla general

antes referida, existiendo múltiples ejemplos de ello tanto en la legislación como en la práctica urbanística, según pasamos a exponer.

A) El deber de cesión gratuita de suelos por ministerio de la ley

La primera regla especial frente a la general antes enunciada viene determinada por los suelos que han de adjudicarse a la Administración actuante en virtud de las cesiones gratuitas y obligatorias previstas por la legislación urbanística.

Nos referimos, en primer lugar, a la cesión de suelos a los Ayuntamientos en correspondencia con el aprovechamiento que les atribuye la Ley conforme al artículo 18.1.b) del texto refundido estatal, según el cual no podrá ser inferior al 5 % ni superior al 15 %.

Igualmente se incluye en esta categoría la cesión a los Ayuntamientos de los suelos que sea necesario destinar a viales, espacios libres, zonas verdes y restantes dotaciones públicas, redes, equipamientos y servicios públicos, conforme al artículo 18.1.a) del texto refundido, así como cualquier otra cesión gratuita prevista en la legislación urbanística en cada caso aplicable.

Aunque la causa y finalidad de la cesión es distinta en cada uno de los supuestos aludidos, en todos ellos se produce el mismo efecto en lo que aquí interesa. En efecto, conforme a los artículos 124.1 y 179.1 del Reglamento de Gestión Urbanística, la cesión legal y gratuita de los suelos ha de tener lugar en pleno dominio y libres de cargas de urbanización, por lo que en este caso se sustituye de hecho la afección real que, en principio, debería recaer sobre todos los suelos afectados por la actuación mediante su concentración sobre las restantes fincas adjudicadas a los propietarios.

B) Los bienes de dominio público que no participan en el aprovechamiento

Nos referimos en este punto a los bienes demaniales que no participan del aprovechamiento urbanístico previsto para el sector o unidad de ejecución de que se trate de acuerdo con la legislación aplicable[9], los cuales, cuando su mantenimiento está previsto por el planeamiento, han de permanecer inalterados en el expediente reparcelatorio con el mismo carácter demanial y, por tanto, libres de toda carga de urbanización al no ser susceptible de gravamen alguno en virtud de los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad que les atribuye el artículo 132.1 de la Constitución[10].

Por tanto, al igual que en el caso anterior, las fincas de resultado que se correspondan con estos suelos no quedan sujetas a afección real alguna por razón de la urbanización, lo que produce igualmente la «concentración» de la carga que en otro caso les habría correspondido sobre las restantes fincas resultantes de la reparcelación.

C) Las fincas adjudicadas con carácter fiduciario a las juntas de compensación

La legislación permite que las juntas de compensación sean adjudicatarias de una o varias fincas de resultado con el fin de obtener fondos para el pago de los gastos de urbanización. Esta posibilidad está expresamente prevista en el Reglamento de Gestión Urbanística, cuyo artículo 172.d) incluye entre las determinaciones propias de los proyectos de compensación la expresión de las «Superficies o parcelas que la propia Junta se reserve, en su caso, para enajenarlas directamente, con el fin de sufragar los gastos previstos de la urbanización». En el mismo sentido, el artículo 177.1 siguiente establece que «Para hacer frente a los gastos de urbanización, la junta podrá disponer, mediante su enajenación, de los terrenos que se hubiesen reservado a tal fin en el proyecto de compensación».

A fin de facilitar la comercialización de las fincas adjudicadas a las juntas de compensación con esta finalidad y las posibilidades de financiación de los posibles adquirentes de las mismas, en la práctica estas fincas son frecuentemente liberadas de cargas de urbanización en el propio proyecto de compensación o reparcelación, de tal modo que la afección real se concentra sobre el resto de fincas resultantes adjudicadas a los propietarios, cuyas cuotas de afección se ven de este modo incrementadas.

Esta práctica es comúnmente admitida por los ayuntamientos, incluso en aquellas comunidades autónomas en que no se prevé expresamente la sustitución ni la concentración de la afección real.

Con ello, en los casos en que se acuerde que las fincas adjudicadas a las juntas de compensación queden liberadas en todo o en parte de las cargas de urbanización con la finalidad de invertir el producto de su enajenación en el pago de tales cargas, la afección real o la parte de ella que, en principio, habría de recaer sobre las fincas así adjudicadas pasa a incrementar la responsabilidad de las restantes en la medida correspondiente.

D) La posible incorporación de empresas urbanizadoras

El ordenamiento jurídico urbanístico prevé la posibilidad de incorporación a las juntas de compensación de las empresas urbanizadoras en diversos preceptos, entre los que cabe citar los artículos 122.3, 163.2, 164, 165, 166.f), 167.1.d), 176.4 y 179.2 del Reglamento de Gestión Urbanística y lo mismo sucede en la legislación autonómica, como permite, por ejemplo, el artículo 108.3.b) de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid.

En esencia, la incorporación a la junta de la empresa urbanizadora implica la asunción por esta última de los gastos de urbanización en la medida en que así se convenga, pudiendo ser esta asunción total o meramente parcial.

En uno y otro caso, cuando la retribución de la empresa urbanizadora consiste en la adjudicación en el proyecto de reparcelación correspondiente de fincas de resultado y según la forma en que resulte articulada la relación entre dicha empresa, los propietarios y la junta, suele ocurrir que las cargas de los propietarios que se someten al acuerdo alcanzado se ven minoradas a medida que se van transmitiendo sus derechos a la empresa urbanizadora (ya se trate de suelo o aprovechamiento) y que, paralelamente, las cargas de la empresa se vayan incrementando en la misma medida. Esta circunstancia puede dar lugar a que el aprovechamiento

de cada propietario y el de la empresa urbanizadora no guarden proporcionalidad con sus respectivas aportaciones o cuotas de participación.

Sobre la base anterior, la asunción por la empresa urbanizadora de la carga que pudiera corresponder a un propietario puede ser total, de tal modo que las fincas o derechos de aprovechamiento que se adjudicaran o transmitieran a aquella absorbiera toda la carga imputable a dicho propietario, el cual recibiría las fincas de resultado que le sean adjudicadas libres de tal carga de urbanización y, por tanto, sin que en el folio registral respectivo se haga constar afección real urbanística alguna. Esta situación también se produce con frecuencia en la práctica.

E) La posibilidad de pago en especie de los gastos de urbanización

El artículo 127.3 del Reglamento de Gestión Urbanística, relativo a los saldos de la cuenta de liquidación del proyecto de reparcelación con que quedan gravadas las fincas de resultado, establece que tales saldos «podrán compensarse con la cesión de terrenos, previo acuerdo con los interesados, conforme al artículo 122.2 de la Ley del Suelo».

Esta norma, reproducida en general en la legislación autonómica, determina la posibilidad de abono en especie por los propietarios de los gastos de urbanización que les son imputables, es decir, mediante la cesión de bienes o derechos de aprovechamiento a otro propietario a cambio de la asunción por el adquirente de aquellos gastos. La magnitud de esta cesión puede ser tal que el transmitente quede liberado de la obligación legal asumida por el adquirente y, por tanto, puede dar lugar a la liberación de la afección real en cuanto a las fincas que conserve el cedente.

6. El principio de autonomía de la voluntad aplicable en materia reparcelatoria según la legislación, la jurisprudencia y la doctrina

En claro contraste con el principio de equidistribución, que es aplicable, como vimos, a todos los propietarios de fincas afectadas por la actuación urbanística en proporción a sus aportaciones, cuotas o participaciones, la determinación de la proporción en que deben responder las fincas con carácter real del deber de costear la urbanización parece contar con un cierto margen de autonomía, que podría concretarse bien en el proyecto de reparcelación bien en virtud de la voluntad del conjunto de los propietarios o bien en los pactos entre algunos de ellos.

En este sentido, el artículo 167.1.k) del Reglamento de Gestión Urbanística no regula exhaustivamente las «*Reglas para la distribución de beneficios y pérdidas*», sino que se remite a lo que establezcan los propietarios en las bases de actuación de las juntas de compensación. A la misma idea parece responder el artículo 127.3 del mismo Reglamento, antes referido.

Como manifestación de la posibilidad de alteración voluntaria de la regla general, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2000[11] deja así a salvo los pactos entre propietarios susceptibles de alterar la proporción del reparto de responsabilidad entre las fincas incluidas en la actuación y, por tanto, de la afec-

ción real: «El artículo 126.1 del TRLS que se invoca como infringido establece: En el sistema de compensación, los propietarios aportarán los terrenos de cesión obligatoria, realizarán a su costa la urbanización en los términos y condiciones que se determinen en el Plan o Programa de Actuación Urbanística o en el acuerdo aprobatorio del sistema y se constituyen en Junta de Compensación, salvo que todos los terrenos pertenezcan a un solo titular. Por su parte, las sentencias que en el motivo se citan reconocen que la Administración ha de sufragar los gastos de urbanización en proporción a los terrenos de que sea titular en el polígono o sector urbanizado. Este principio general no obstaculiza el pacto entre los interesados que modifica la proporción legal inicialmente fijada. Quiere decirse con ello que la alternativa que establece el artículo 126 del TRLS, en el sentido de que los propietarios hagan frente a los costes de urbanización en la forma señalada por el Plan o Programa de Actuación Urbanística o como determine la Junta de Compensación, hace igualmente legítimo cualquier pacto, con un contenido distinto del legal, siempre que sea voluntaria y libremente acordado por los miembros de la Junta de Compensación».

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1999[12] se hace eco del principio de autonomía de la voluntad en estos términos: «Siendo incuestionable lo acabado de exponer, y cierta la obligación de la Administración actuante a contribuir en los gastos de urbanización, como propietaria de una parte proporcional del área sujeta a urbanización, no es menos exacto, que toda obligación nacida la ley o norma legal —como en el presente caso—, o de los contratos y cuasi-contratos —artículo 1089 del Código Civil—, puede ser objeto entre los obligados a ella —artículo 1255 del Código Civil— de todo tipo de pactos, cláusulas o condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, la moral, ni al orden público y precisamente el artículo 124 de la Ley del Suelo de 1976, en lógica emanación de lo prescrito en el Código Civil, determina que las obligaciones y cargas de los propietarios del suelo afectados por una actuación urbanística, cualquiera que sea el sistema de actuación, serán objeto de distribución justa entre los mismos, juntamente con los beneficios y cargas del planeamiento, en la forma que libremente convengan. Y ello es precisamente lo ocurrido en estos autos, puesto que al otorgarse la escritura pública de aprobación del proyecto de compensación, otorgada el 10 de diciembre de 1991, se consignó y se asumió por el promotor de la obra, en el apartado quinto, que todos los gastos habidos habían sido abonados por el promotor del Plan Parcial, asumiendo los gastos de urbanización, por lo que no había lugar a establecer en el proyecto de compensación, cuenta de liquidación provisional. Tal cláusula, constituye expresión del principio de libertad de acuerdo entre los copropietarios de una actuación urbanística, para asumir o repartir, libre y voluntariamente, sin perjuicio de terceros, los gastos de urbanización, sancionando genéricamente en los citados preceptos del Código Civil y específicamente en el artículo 124 de la Ley del Suelo».

Por su parte, la Dirección General de los Registros y del Notariado, hoy de Seguridad Jurídica y Fe Pública, parece compartir este criterio. Así, la Resolución de 13 de junio de 2014 contempla entre sus argumentos la hipótesis de que en el caso por ella analizado se hubiera previsto la sustitución de la afección real por otra garantía o incluso su concentración. Tal hipótesis, según el último párrafo del citado fundamento noveno, consiste en «los supuestos en que la obligación

de urbanizar se haya asegurado mediante otro tipo de garantías admitidas por la legislación urbanística actuante, lo que podría producirse en relación con determinadas fincas, y en los casos de aquellos acreedores hipotecarios posteriores cuando la hipoteca sobre ciertas fincas tuviera por finalidad asegurar créditos concedidos para financiar la realización de las obras de urbanización o de edificación, siempre que, en este último caso, la obra de urbanización esté garantizada en su totalidad». Esta resolución se dictó bajo la vigencia de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística de la Generalitat Valenciana, hoy derogada, cuyo art. 181, al igual que la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, no contemplaba expresamente la sustitución, pero daba un paso más que esta al exigir que la afección recayera sobre «todas» las fincas de resultado en su apartado 5.

Por su parte, la Resolución de 25 de abril de 2016, objeto de este comentario, también considera esta hipótesis en relación con la legislación valenciana vigente en aquel momento y que tampoco preveía expresamente la sustitución ni la concentración. Como se expuso al principio, el caso por ella contemplado consistía en la división de una finca de resultado de un proceso reparcelatorio con asignación de cuotas de afección real a cada una de las nuevas fincas pero sin intervención municipal en su determinación. En su fundamento 2 admite abiertamente la hipótesis de la sustitución, de mediar tal intervención, al señalar que «Durante el período anterior a la aprobación del proyecto son además frecuentes los pactos compensatorios o la sustitución de garantías, situaciones que se reflejaran o serán tenidas en cuenta para la determinación de la afección una vez aprobado el proyecto, como resulta del artículo 19.1.b y 19.3 del Real Decreto 1093/1997». Y en su fundamento 5 admite igualmente la posibilidad de concentración, aunque también bajo el control de los Ayuntamientos, cuando afirma que «En conclusión, puesto que la carga urbanística se asigna en función del aprovechamiento atribuido, por lo que su división debe conservar el criterio de proporcionalidad respecto a la finca resultante que no solo se determina en función de la superficie, y dado que, como se ha dicho anteriormente, la afección no solo garantiza la retribución y beneficio del urbanizador y la garantía legal es de interés público, con importantes privilegios y efectos «erga omnes» desde su inscripción, su alteración debe requerir la intervención del órgano administrativo que tiene legalmente atribuida la dirección y control del procedimiento urbanístico. No hay que olvidar que la ordenación del territorio, tal y como se configura en las normas urbanísticas, está basada en el principio de equidistribución y en consecuencia en el de justa distribución de beneficios y cargas, tal objetivo podría quedar fácilmente estéril si posteriormente los particulares, o éstos y el urbanizador pueden comerciar libremente con dichos porcentajes de distribución sin tener en cuenta las propias limitaciones derivadas del régimen urbanístico de la propiedad del suelo, ya que este el régimen es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística».

En la doctrina también encontramos un sentir favorable a la admisibilidad de la sustitución y la concentración con independencia de si están o no previstas de manera expresa por la legislación autonómica y siempre sobre la base del control municipal sobre la suficiencia de la garantía que a tal fin se ofrezca.

En este sentido se pronuncia ARNAIZ EGUREN[13], cuando afirma lo siguiente sobre esta posibilidad: «Está contemplada por el número 3 del artículo 19. Aho-

ra bien, para que el Registrador admita que la finca de resultado quede libre de afección urbanística será necesario que el proyecto especifique expresamente esta circunstancia, con determinación de su causa, es decir, la realización de la obra de urbanización y el pago de los demás gastos del proyecto, o bien, el tipo de garantía sustitutoria. Sin embargo, no parece necesario que tales circunstancias se acrediten si la garantía que sustituye a la afección es una hipoteca constituida a tal efecto y en el propio título hipotecario se menciona esta finalidad, puesto que, en este caso, el cumplimiento de lo dispuesto en el número 3 resulta directamente del Registro.

Por otra parte, se suscita la cuestión de si todas las fincas han de quedar sujetas a la afección o de si cabe la afección de parte de ellas o la concentración de la responsabilidad urbanística en alguna de las de resultado. En cuanto a la primera cuestión no parece existir inconveniente, siempre que respecto de la finca liberada se cumplan los requisitos exigidos por el precepto. En cuanto a la segunda, nos remitimos al comentario posterior sobre el artículo 20, al tratar de la cancelación de la afección».

Por su parte, en el aludido apartado sobre la cancelación de la afección real por sustitución por otra garantía, el mismo autor se manifiesta abiertamente a favor de esta posibilidad al mismo tiempo que pone igualmente el acento en el criterio que adopte la administración urbanística en cuanto a su admisibilidad y a la suficiencia de la garantía sustitutoria, llegando a las siguientes conclusiones: «Se trata de un supuesto no contemplado expresamente en la legislación, pero que de alguna forma puede subsumirse en el supuesto a que se refiere el número 3 del artículo 19 al señalar los casos en los que la afección es innecesaria. Evidentemente, si el Órgano actuante admite una garantía distinta para asegurar la realización de la obra de urbanización, no existiría inconveniente en admitir la cancelación de la afección inscrita. El problema se suscita, en primer término, sobre el tipo de garantía suficiente, y en segundo lugar, en orden a si el Registrador puede calificar el supuesto. Lo lógico es entender que el tipo de garantía es abierto y que no existe posibilidad de que el Registrador califique sus características ni su suficiencia. Otra cosa es que el título por el cual se ordene o solicite la cancelación, es decir, la certificación administrativa del acuerdo reúna los requisitos exigidos por el artículo 2.2 de las Normas Complementarias».

7. Consideraciones sobre la admisibilidad de la sustitución y concentración pese al silencio de gran parte de las leyes autonómicas

La remisión del artículo 19.3 del real Decreto 1093/1997 a la «legislación urbanística aplicable» puede plantear la duda de si la admisión de la sustitución o concentración de la afección depende de su recepción expresa en la legislación autonómica.

Sin embargo, a nuestro juicio hay argumentos suficientes para contestar negativamente a esta cuestión, que pasamos a exponer.

a) Puede comprobarse que la formación de los criterios legales, jurisprudenciales y doctrinales recogidos en los apartados anteriores tuvo lugar con

independencia de la circunstancia de existir o no previsión legal expresa de la sustitución y la concreción de la afección real en cada caso.

b) Por otro lado, ya hemos visto los aspectos subjetivos del principio de equidistribución, aplicable a todos los propietarios afectados por la actuación urbanística pero no a todas y cada una de sus fincas, sin perjuicio de reconocer el carácter de regla general de la distribución de la carga entre ellas de forma proporcional.

c) Igualmente nos hemos referido a las múltiples manifestaciones legales de supuestos especiales y excepciones a aquella regla general con ruptura del criterio proporcional aludido, así como al principio de autonomía de la voluntad reconocido jurisprudencialmente con abstracción del contenido de la legislación autonómica.

d) En nuestra opinión, la finalidad de la remisión a la legislación autonómica que hace el artículo 19.3 no es limitar su ámbito de aplicación a aquellas comunidades en que se prevea expresamente la sustitución o la concentración de la afección real. No debe olvidarse que el artículo 19.3 es una norma de carácter adjetivo o registral, aspecto en que las leyes autonómicas no suelen ahondar por motivos competenciales.

   Así resulta de la simple lectura de la norma, de la que se desprende con toda claridad que tal remisión no se refiere en realidad a la admisión expresa por la legislación autonómica de la sustitución o concentración de la afección real, sino que se refiere a la garantía sustitutoria.

e) Además, cabría sostener que el artículo 19.3 del RD 97 tampoco exige que la garantía sustitutoria esté expresamente prevista por la legislación aplicable, sino que basta con que tenga cobertura entre las garantías de la ejecución de la urbanización admisibles, aunque sea de forma expresa o implícita.

f) Por otro lado, la legislación autonómica, al regular el régimen urbanístico del suelo, comprende entre los deberes de los propietarios del suelo susceptible de actuaciones urbanísticas el de costear y, en su caso, ejecutar la totalidad de las obras de urbanización[14]. En relación con este deber de sufragar los costes de la urbanización adquiere especial relevancia el régimen aplicable a las garantías legales establecidas para asegurar su cumplimiento, cuyo máximo exponente en materia reparcelatoria es la afección real de las fincas de resultado a su pago, regulada con mayor o menor amplitud en dicha legislación. Sin embargo, no parece que se agoten con la afección real las garantías posibles para el cumplimiento de ese deber y el de los demás que componen el régimen urbanístico del suelo ya que las leyes autonómicas en general no cierran su regulación sino que se remite al criterio de la Administración municipal[15].

   La consecuencia lógica y natural de las anteriores premisas consiste en la atribución a los ayuntamientos de plenas competencias en orden a la exigencia y admisión de las garantías que puedan establecerse en cada caso para asegurar el cumplimiento de los deberes urbanísticos y, entre ellos y en lo que aquí interesa, el de costear los gastos de urbanización. La comprobación y legitimación por los ayuntamientos de la sustitución o concentración de la afección tiene lugar en virtud de la aprobación muni-

cipal de los documentos de bases y estatutos y proyectos de reparcelación que incluyen tales operaciones[16].

Es en este contexto en el que se entiende que queda cumplida la remisión que hace el artículo 19.3 del Real Decreto 1093/1997 a la legislación urbanística aplicable, la cual en materia reparcelatoria suele regular la afección real en términos que no pueden considerarse exhaustivos en modo alguno y remitirse en este punto al criterio de los ayuntamientos, a los que concede plenas facultades en esta materia.

g) Finalmente, en la práctica son múltiples los supuestos en que el criterio que mantenemos es acogido por los ayuntamientos pertenecientes a las comunidades autónomas que no regulan las posibilidades de sustitución y concentración de la afección real, como es el caso de la Comunidad de Madrid[17].

8. Limitaciones y condicionantes legales

A nuestro juicio, la admisibilidad de las operaciones de sustitución y concentración de la afección real se encuentra sujeta a las siguientes limitaciones y condicionantes legales:

A) Remisión a la legislación urbanística aplicable

El condicionante derivado de la remisión a la legislación autonómica que recoge el artículo 19.3 del Real Decreto 1093/1997, cuyo alcance ha de interpretarse en términos flexibles en los términos ya analizados, sin que sea rigurosamente necesario que tales operaciones se encuentren contempladas de manera expresa en aquella legislación.

B) Validación por el ayuntamiento de las operaciones de sustitución o concentración

El principio legal de equidistribución impone varias limitaciones. En primer lugar, nos encontramos con el necesario control de su cumplimiento por parte de la administración actuante como consecuencia de sus funciones de tutela, fiscalización y control de los ayuntamientos. De ahí resulta la necesaria validación de la operación en cada caso por parte del ayuntamiento competente, validación que se haría efectiva mediante la aprobación de los correspondientes instrumentos de ejecución del planeamiento como son las bases de actuación, los estatutos de las juntas de compensación y los proyectos de reparcelación que hagan referencia a tales operaciones.

C) Extensión subjetiva y objetiva del control municipal

Desde el punto de vista subjetivo, el principio de equidistribución es aplicable a todos y cada uno de los propietarios afectados por la actuación, que han de responder de las cargas surgidas del planeamiento en proporción a su respectiva

aportación, en correspondencia con la atribución de los beneficios originados, a todo lo cual se extiende el control municipal. En cambio, desde el punto de vista objetivo, como vimos, no es rigurosamente necesario que todas las fincas de resultado queden afectas con carácter real en proporción a su superficie o aprovechamiento. El control municipal también ha de extenderse a la suficiencia de la garantía, según se expone a continuación.

D) Suficiencia de la garantía del pago de los gastos de urbanización

Otra manifestación del principio legal de equidistribución en relación con las funciones municipales de control consiste la verificación por el ayuntamiento de la suficiencia de las garantías establecidas para asegurar el pago de los gastos de urbanización por los propietarios, para lo que hay que distinguir varios supuestos según la operación de que se trate.

a) En el caso de la sustitución de la afección real, la suficiencia de la garantía sustitutoria que se ofrezca puede contemplarse desde un doble punto de vista, cualitativo y cuantitativo: (i) desde la perspectiva cualitativa, la garantía admisible, a falta de previsión expresa por la legislación urbanística autonómica, podría revestir cualquier forma admitida en derecho, sea inscribible o no, de carácter personal (preferiblemente se tratará de un aval bancario) o real (como un derecho real de hipoteca, que razonablemente podría recaer sobre cualquier finca, ya fuera interior o exterior al ámbito de actuación), siempre que en cada caso resulte adecuada según el criterio del ayuntamiento; (ii) desde el punto de vista cuantitativo, el importe de la garantía personal o el valor de la finca hipotecada han de ser suficientes para cubrir el montante de la afección sustituida.
b) En el caso de la concentración de la afección sobre algunas de las fincas de resultado de la reparcelación, cabe entender que el valor de la finca de resultado cuya afección real se incremente en beneficio de otra u otras que queden total o parcialmente de ella ha de ser suficiente para cubrir la suma de su propia responsabilidad más la suplementaria procedente de la liberación total o parcial de las segundas.

E) El consentimiento de titulares registrales de derechos y cargas

Ya vimos que algunas de las leyes autonómicas que contemplan expresamente la concentración de la afección exigen a tal fin el consentimiento del propietario y de los titulares de derechos y cargas inscritos de las fincas en que se pretenda incrementar la afección.

Se trata de una consecuencia lógica del principio de tracto sucesivo y del requisito de suficiencia de la garantía ya que la afección real urbanística despliega sus efectos frente a todos los titulares aludidos, «incluso aquellos cuyos derechos constasen inscritos en el Registro con anterioridad a la aprobación del proyecto», como establece el primer párrafo del artículo 19 del Real Decreto 1093/1997. Si así no se hiciera, resultaría perjudicada la preferencia de la afección que subyace en

el citado precepto y en la legislación urbanística, por lo que también parece que el juicio de suficiencia por parte del ayuntamiento debería extenderse a este extremo en el momento de la aprobación del proyecto de reparcelación.

Finalmente, y aunque no lo hacen las leyes autonómicas citadas, cabría considerar extensible la misma exigencia también a los supuestos de sustitución de la afección real por otra garantía inscribible, como es el caso de la hipoteca, por identidad de razón o fundamento.

NOTAS

[1] La distinción se estudia con mayor detenimiento en LANZAS MARTÍN, E.P., Sobre la caducidad y posibilidad de prórroga de la nota marginal de inicio del expediente de equidistribución y de la afección real de las fincas de resultado al pago de los gastos de urbanización (2014), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 745, 2630-2642.

[2] El apartado 3 ha quedado derogado en virtud de la disposición derogatoria única del Real Decreto 1093/1997.

[3] El apartado 2 ha quedado derogado en virtud de la disposición derogatoria única del Real Decreto 1093/1997.

[4] GARCÍA GARCÍA, J.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo V, Civitas 1999, página 182.

[5] LASO MARTÍNEZ, J.L., *Afecciones Registrales, Aplicaciones Tributarias y Urbanísticas,* Centro de Estudios del Colegio de Registradores, 2005.

[6] Cabe citar en este sentido, entre otras muchas, las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2015 (RJ 2015, 3789), 21 de julio de 2014 y 15 de julio de 2014 (RJ 2014, 4532), la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de abril de 2016, la Resolución del Departamento de Hacienda y Finanzas de 16 de julio de 2018 y la Resolución de la Dirección General de Tributos de 13 de marzo de 2018 (consulta vinculante V0664-18).

[7] En la legislación autonómica pueden verse, por ejemplo, los artículos 4.2.d), 18.1.c), 20.2.d), 23.1, 71.2ª), 82.1, 82.2, 86.1 y 115.2 de la Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid.

[8] Pues de lo contrario no sería posible su inscripción registral dado el principio de folio real vigente en nuestro Derecho.

[9] Pueden verse en este sentido el artículo 190 bis de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, la Disposición Transitoria Sexta de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid y el artículo 73 de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León. Esta cuestión es analizada por LANZAS MARTÍN, E.P. en Requisitos para la inscripción en el Registro de la Propiedad de los aprovechamientos generados por bienes demaniales (2015), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 749, 1681-1693.

[10] Así, la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid establece en su artículo 20.2.b que «Cuando la superficie total de los terrenos con destino o uso públicos y carácter dotacional previamente existentes en la unidad de ejecución sea igual o superior a la que deba resultar de la ejecución del planeamiento urbanístico, se entiende sustituida una por otra, percibiendo la Administración el exceso, si lo hay y en la proporción que corresponda, en terrenos con edificabilidad».

[11] RJ\2000\6966.

[12] RJ\1999\8499.

[13] ARNAIZ EGUREN, R., *La inscripción registral de actos urbanísticos*, Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 178 y 183`.

[14] Es el caso de los artículos 18.2.d) y 21.1 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, relativos, respectivamente, al suelo urbano y al suelo urbanizable sectorizado.

[15] Así, por ejemplo, el artículo 4.1 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid establece que «La actividad de garantía de la efectividad del régimen urbanístico del suelo y de su propiedad es una potestad administrativa que corresponde al municipio, salvo en los supuestos en que esta Ley la atribuye expresamente a otra Administración». De este modo, la Ley madrileña atribuye a los ayuntamientos la «potestad de garantía del cumplimiento del régimen urbanístico», la cual comprende según el mismo artículo 4 en su apartado 2, letras c) y d), las facultades de «Asegurar el cumplimiento efectivo y pleno de los deberes legales inherentes a la propiedad del suelo con independencia del régimen de la gestión de la ejecución del planeamiento» y de «Garantizar la efectividad del principio de distribución equitativa de beneficios y cargas derivados de la ordenación urbanística entre los propietarios de suelo».

[16] Este criterio es seguido por la Resolución de 25 de abril de 2016, ya referida.

[17] A modo de ejemplo, entre los numerosos supuestos en que el Ayuntamiento de Madrid ha aprobado los correspondientes documentos de gestión que incluyen la posibilidad de sustitución o concreción de la afección real podemos citar el APE 02.27 «Nuevo Mahou Calderón» (base 16.2 y apartado 5.3 del proyecto de reparcelación), el APR 02.06 «Méndez Álvaro Norte I» (apartado 23 del proyecto de compensación y base VII.3), el UNS 4.01 «Ciudad Aeroportuaria-Parque de Valdebebas» (base 4.6.4), el Sector de Suelo Urbanizable Sectorizado 4.10 «Solana de Valdebebas» (artículos 21 y 24.2.I de los estatutos de la junta y base decimoprimera, apartado 9), el APR 05.27 «Colonia Campamento» (base IX.8 y artículo 10.1.b de los estatutos). Como manifestaciones en otros ayuntamientos de la Comunidad de Madrid cabe destacar el apartado X.7 de las bases de actuación de los Sectores 1 y 2 del AR-2 «Cerro del Baile» de San Sebastián de los Reyes, la base 7.7 del Sector SR-5 «Ensanche-Sur» del Plan General de Brunete, la base X.7 del Sector 7 «La Pellejera» de Brunete o la base 7 del Sector Residencial SR-1 de las Normas Subsidiarias de Ajalvir.

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información de actividades

ANDALUCÍA:

- Se ha celebrado en Sevilla el 16 de noviembre de 2023 la jornada Registros jurídicos y nuevas tecnologías.

Organizan:

Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España
Decanato Territorial de Andalucía Occidental y
La Cátedra De Derecho Registral De La Universidad De Sevilla

Con el siguiente programa:

17:30 h: Presentación a cargo de:
D. MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla.

17: 40 h Exposición a cargo de:
D. ÓSCAR REY MUÑOZ
Magistrado Encargado del Registro Civil de Sevilla La transformación del Registro Civil en la era digital".

18:10 h Exposición a cargo de:
D. BASILIO AGUIRRE FERNÁNDEZ
Director del SER y Registrador de la Propiedad de Almendralejo.
"La reforma del sistema registral por la Ley 11/2023 y los principios hipotecarios".

MODERADOR:
D. MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla.

MADRID:

- Segunda sesión del ciclo "Repensando el derecho civil del futuro

Colegio de Registradores, 11 de diciembre de 2023

Crónica de RICARDO LASO GIBERT

I. El pasado 11 de diciembre de 2023 por la tarde se celebró, en la sede del Colegio de Registradores de Madrid, la segunda sesión del ciclo de coloquios Repensando el Derecho civil del futuro. Tras la primera sesión, que tuvo por objeto el análisis de la legítima y sus prospecciones de futuro, se abordó otro de los temas clásicos de nuestro Derecho privado: la propiedad.

Los ponentes fueron, de nuevo, de una parte, un Registrador de la Propiedad, don Diego Vigil de Quiñones Otero y, de otra parte, un Catedrático de Universidad, don Sergio Nasarre Aznar. En esta ocasión, los ponentes desempeñan ambos sus funciones en Cataluña, en el Registro de la Propiedad de Manresa y en la Universidad Rovira y Virgili respectivamente.

II. La primera intervención corrió a cargo del profesor Nasarre que partió de la distinción entre dos concepciones clásicas de la propiedad cuyos orígenes se pueden identificar en la Biblia. Así, habría una concepción respetuosa con la propiedad privada (Génesis 1:26-28; Éxodo 20: 15, y Deuteronomio 19: 14) que se contrapone con una concepción que considera la propiedad privada como un impedimento o un elemento perjudicial adoptando un punto de vista de corte comunitarista (Génesis 2).

Esta tensión inicial entre ambas concepciones ha sido mantenida por posteriores corrientes de pensamiento tanto jurídicas como filosóficas. A título de ejemplo puede destacarse la divergencia existente entre la aproximación aristotélica, que vendría a acoger la primera de las corrientes expuestas vinculándola a la democracia ateniense, y la platónica, de corte más comunitario. En la doctrina católica posterior se desarrollan la tesis protectora por san Agustín de Hipona, santo Tomás de Aquino o la escolástica española, lo que más tarde sería acogido por la dogmática jurídica, pudiendo destacarse Grocio o Bodino como ejemplos de ello. En la modernidad, fueron las corrientes racionalistas (Locke y Kant) y utilitaristas (Hume, Bentham, Smith) las que, con distinto fundamento, reconocían la propiedad privada, lo que se ha mantenido hasta nuestros mediante una suerte de lo que Hayek denominó darwinismo institucional. Por la otra parte, desde planteamientos de tipo utópico, se ha venido defendiendo también la tesis contraria, entre cuyos valedores podemos referir a santo Tomás Moro, Hobbes, Rousseau o Hegel, resultando

de sus planteamientos una constante vinculación entre la propiedad privada y el pecado o el mal, cuya culminación se puede encontrar en *El manifiesto comunista* (Marx y Engels) cuyo objetivo final es la abolición de ésta.

Esta dicotomía, lejos de ser un mero análisis de historia de las ideas políticas, se ha visto manifestada en la práctica a lo largo de la historia, y en la actualidad subsiste el mismo debate. Así, el profesor Nasarre identificó el WEF y la agenda 2030 como las guías a nivel mundial que actualmente constituyen las líneas de actuación institucionales en esta materia, que podrían resumirse en la frase "no tendrás nada y serás feliz" pronunciada por la parlamentaria danesa Ida Auken. Ello se traduce, desde el punto de vista jurídico, en lo que se ha denominado la economía colaborativa, cuya esencia consiste en la sustitución de los derechos de propiedad por derechos de uso, dando forma de este modo a lo que Bauman pronosticó en *Vida líquida*. Además, la ausencia de propiedad en el mundo real provoca la huida del hombre al mundo virtual (como, por ejemplo, el multiverso), donde sí puede realizarse sin los límites que la realidad impone.

De este modo, el profesor Nasarre identifica como el problema fundamental un problema de poder: dada esta situación, ¿quién manda? Así, la cuestión esencial reside en que la propiedad no desaparece, sino que se concentra y deja de ser titularidad de la generalidad de la sociedad. De este modo, se abriría la puerta a censuras de muy distinto tipo, que pueden venir tanto de las políticas de empresa como de los algoritmos que rigen las plataformas. Así, concluye el profesor Nasarre, este proceso de concentración de la propiedad deriva en consecuencias socialmente negativas para el conjunto de la sociedad en términos de libertad política y económica. Finalmente, como ejemplos, se citaron el artículo 541-2 del Código civil catalán, que configura la propiedad como un derecho que se ejerce de acuerdo con la función social, con las dificultades teóricas y prácticas de definir ésta, o la venta injusta y lesión en más de la mitad (arts. 621-45 y ss. Código civil catalán), que restringen la libertad en la fijación del precio. Como frase de cierre, se citó a de Belloc en *El Estado servil*: "si no restauramos la institución de la propiedad no podremos menos que restaurar la institución de la esclavitud. No hay otra salida".

II. La segunda intervención, a cargo de don Diego Vigil de Quiñones, analizó el estado de las distintas instituciones civiles relacionadas con la propiedad. La intervención partió de afirmar que el problema del acceso a la propiedad no es un problema típicamente iusprivatista, sino, más bien al contrario, lo es del Derecho público. Así, las políticas públicas en España han intervenido

de distinta forma en relación con la propiedad, tratando de potenciarla desde mediados del siglo XX, lo que se ha invertido actualmente, primando la tendencia ya mencionada a la concentración de la propiedad.

Entrando en el análisis de las instituciones civiles, se mencionó el censo como institución idónea y utilizada durante años para que el enfiteuta pueda redimir el censo y convertirse en propietario, si bien esta institución está hoy en claro declive. En cuanto al arrendamiento de vivienda, se afirmó que se trata de una institución pendular que, por razón de las decisiones políticas, se ve profundamente afectada en lo que a la oferta se refiere. Con todo, resulta indubitado que la hipoteca ha sido la institución más exitosa para facilitar el acceso a la propiedad, sin perjuicio de que ahora resulta también complicado acceder a ella por las exigencias de las entidades de crédito para conceder los préstamos. Asimismo, podría explorarse la sustitución del pago a plazos del préstamo hipotecario a la correspondiente entidad de crédito por el pago a plazos al vendedor del propio precio con una condición resolutoria explícita, lo que exigiría la mejora técnica de la regulación procesal para facilitar la ejecución. También puede facilitarse el acceso a la propiedad mediante el arrendamiento financiero o leasing, muy utilizado a día de hoy en el ámbito mercantil, pero en desuso en el civil por razones fiscales.

Otras instituciones que, paradójicamente, pueden ser útiles, son las propias del derecho de familia y sucesiones. Así, por razones fiscales, allí donde está permitido el pacto sucesorio, éste se ha venido utilizando para transferir rentas a los hijos a título gratuito en lugar de la donación. Igualmente, el usufructo, cuya virtualidad se venía restringiendo al que el Código civil regula a favor del cónyuge viudo, está siendo también voluntariamente constituido entre padres e hijos. Del mismo modo, se ha utilizado la comunidad romana para adquirir la propiedad, siendo titulares los padres de una cuota menor al 50% y dando lugar de este modo a lo que se denominó el condueño financiador, pues habría un titular que goza del uso efectivo de la vivienda (los hijos) mientras que el otro se trata de un mero financiador (los padres). Asimismo, como institución de hecho, el precario está constituyéndose como una de las formas de posesión de la vivienda, limitándose su titular a la mera tolerancia de ésta.

Como novedades legislativas que tratan de facilitar el acceso a la propiedad, se destacaron las fórmulas de tenencia intermedia. Así, puede destacarse la propiedad temporal introducida en el Código civil catalán (arts. 547-1 y ss.) que confiere a su titular el dominio de un bien durante un plazo cierto y determinado, vencido el cual el dominio hace tránsito al titular sucesivo. En el

mismo sentido, se regula la propiedad compartida (arts. 556-1 y ss. del Código civil catalán), que distingue entre el propietario material y el propietario formal a modo de lo que antes se expuso al hablar del condueño financiador. También son relevantes las diversas modalidades de licuación patrimonial como el contrato de alimentos, la renta vitalicia o la hipoteca inversa, que son poco utilizadas en la práctica, pese a que han sido promovidas por los poderes públicos en las recientes reformas legislativas.

Por último, se advirtió la trascendental importancia del tratamiento fiscal de las instituciones civiles para que puedan desplegar, en la práctica, todos sus efectos. Así, se mencionó la discriminación de la venta a plazos con condición resolutoria explícita respecto de la hipoteca en el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados. Asimismo, la inutilización de la propiedad temporal y compartida puede deberse en buena medida a su tratamiento fiscal. De este modo, se concluyó la intervención refiriendo la necesidad de que políticas públicas en el ámbito fiscal se utilicen para facilitar el acceso a la vivienda.

III. Tras las intervenciones de los ponentes tuvo lugar el turno de intervenciones y preguntas de los presentes, tanto presencial como telemáticamente. La primera intervención la realizó el moderador don Basilio Aguirre dando otra visión de la función social de la propiedad y afirmando que tal expresión podría tener una visión más positiva si se la analiza desde el prisma del acceso a las figuras de licuación patrimonial, lo que sólo es posible si, efectivamente, se es titular de una vivienda. En segundo lugar, intervino doña Ana Lambea, profesora de Derecho civil en la Universidad Complutense, que subrayó la estrecha conexión entre libertad y propiedad, resultando que ésta sólo es posible cuando aquélla se garantiza, así como la necesidad de que la excesiva regulación y tributación de las operaciones no afecte a su utilización práctica, pues bien podría suceder que un exceso regulatorio "ahogue" el desarrollo espontáneo de las instituciones. Don Diego Vigil incidió en que la libertad presupone el acceso a la propiedad, enfatizando los importantes efectos de promoción social que ésta tiene. A continuación, intervino don Javier Galán, abogado y profesor de Derecho civil en el IE, que recordó los planteamientos demográficos de Malthus, los fundamentos sociales en materia de valores que afectan a la concepción de la propiedad y volvió a incidir en las problemáticas fiscales y regulatorias. Además, expuso la función social de los fondos de inversión titulares de multitud de activos inmobiliarios que fueron adquiridos cuando no eran demandadas por el mercado para transformarlos y volverlos a presentar a la sociedad para su adquisición. Otro aspecto debatido fueron las diferencias sociológicas en el acceso a la propiedad, pues los españoles no acceden a determinadas viviendas que no

están dispuestos a adquirir, a lo que sí están dispuestos muchos colectivos extranjeros.

IV. Con estas intervenciones finalizó la segunda sesión del ciclo Repensando el derecho civil del futuro, quedando emplazados los presentes a la próxima sesión que tendrá lugar a lo largo del mes de enero.

V. El vídeo completo de la sesión puede encontrarse en https://www.registradores.org/repensando.

- Repensando el Derecho civil, sesión III: pacto comisorio y pacto marciano

Colegio de Registradores, 16 de Enero de 2024

Crónica de Diego VIGIL DE QUIÑONES OTERO

I. En la tarde del día 16 de enero de 2024 tuvo lugar en el Colegio de Registradores, retransmitido por streaming, la tercera sesión del seminario *Repensando el Derecho civil del futuro*. En esta ocasión, el tema de la misma fue el estudio de los límites a la admisibilidad del pacto comisorio y del pacto marciano. Un tema de rabiosa actualidad como muestra el hecho de que, sólo dos días después de la sesión, el BOE recogía una nueva Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe pública en la materia (de 12 de Diciembre de 2023, BOE 18 Enero 24).

Actuaron como ponentes el Catedrático de Derecho civil de la Universidad del País Vasco Gorka Galicia Aizpurúa, y el Registrador de la propiedad de Bilbao, y Decano de los Registradores del País Vasco, Pablo Sánchez Lamelas.

II. En su ponencia el profesor Galicia Aizpurúa hizo referencia a que los principales fundamentos sobre los que descansa la prohibición del pacto comisorio están en el principio de conmutatividad que debe regir en el contrato; y en el evitar el enriquecimiento injusto que, en su caso, pueda llegar a gozar el acreedor (en caso de quedarse con la cosa sobre la que recae la garantía sin la adecuada tasación y sin los procedimientos que permitan el equilibrio patrimonial correcto). Se pretende también poner un veto para autotutela por parte de los acreedores. Sí se admite en cambio el pacto marciano en el que se produzca ese equilibrio patrimonial, mencionando el profesor Galicia Aizpurúa la admisión de determinadas garantías con equilibrio, como son los casos previstos en el Real Decreto 5/2005 la liquidación de la prenda con compensación, las garantías internacionales sobre bienes de equipo contempladas en el convenio de la Ciudad del Cabo, o las reglas relativas al pacto

de reserva de dominio, contempladas en el artículo 16 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

Su crítica al sistema actual la apoya, por una parte, en que todo se fundamenta en la necesidad de un precio justo (algo que en realidad no impone ninguna norma y sobre el que que ya existen medios de prevención como como la Ley de Represión de la Usura, o la acción pauliana). Por otra parte, recuerda que los artículos del Código Civil que vetan el pacto comisorio previenen, en realidad, un daño futurible. En su opinión, la fundamentación habría que ubicarla más bien la responsabilidad patrimonial universal y en el límite que puede suponer el pacto comisorio para las cargas posteriores, y para la posibilidad de ofrecer el bien de nuevo en garantía, de modo que los acreedores posteriores se verían perjudicados por la existencia del mismo. Ya que en nuestro derecho, y más cuando se admiten situaciones de pacto de este tipo, no existe un mecanismo para que los acreedores puedan ejercitar su derecho al *superfluum*, como sí existe en las reglas sobre depósito de sobrantes en las ejecuciones llevadas a cabo ante los jueces.

III. Pablo Sánchez Lamelas, por su parte, recordó las diferencias entre las adquisiciones de acreedor a través de pactos comisorios y pactos marcianos (que tendrían lugar en virtud de un acuerdo producido antes de que la deuda sea vencida líquida y exigible), y la dación en pago. Recordó la complejidad de las construcciones jurídicas, en las que se detecta la existencia de un pacto comisorio, y las dificultades de los Registradores para llevar a cabo la calificación de las mismas. Secundó la que calificó de "atractiva" tesis del profesor Galicia, acerca de que la razón está más en proteger a los acreedores que al mismo deudor. Y recordó la doctrina de la Dirección General en la que se ha puesto de manifiesto esta tendencia a la protección, no tanto siempre del deudor, sino también de los terceros.

IV. A continuación se abrió un interesante coloquio en el que participaron diversos asistentes.

La sesión íntegra puede seguirse en la web www.registradores.org/repensando.

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo. Catedrático de Derecho Civil. Realidad social y norma jurídica: *La interpretación sociológica o evolutiva en Derecho privado,* Editorial Aranzadi.Diciembre de 2023. 158 pgs.

por

JUAN JOSÉ PRETEL SERRANO
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Nos encontramos ante un nuevo libro del profesor Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla. El profesor Guillermo es un polígrafo prolífico; basta con consultar Internet para comprobar lo cierto de esta afirmación. Se ha desenvuelto en numerosos campos y materias, siempre al hilo de la actualidad; también tiene parte de su obra dedicada al análisis y al estudio más sosegado de materias que entran dentro de la parte general del derecho. En esta línea podemos citar como un precedente de la obra que vamos a comentar su libro "*Principio, realidad y norma: el valor de las Exposiciones de Motivos (y de los Preámbulos)*". Editorial Reus. 2015.

Con el mismo rigor en el análisis aborda ahora el problema de la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada una norma (elemento sociológico) como quinto elemento interpretativo, fundamental para evitar el anacronismo o momificación normativa.

Para el análisis de esta tarea no solamente utiliza una abundante bibliografía sino que también se ponen numerosos ejemplos de cada caso, en los cuales se ha realizado por nuestros tribunales la aplicación de la realidad social para la interpretación y actualización de un precepto; y no solamente por los tribunales ordinarios sino que también los ejemplos son numerosos respecto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; así mismo es abundante la cita de disposiciones que en sentido amplio podríamos encuadrar en la Administración (especialmente Resoluciones e Instrucciones de la anteriormente denominada Dirección General de los Registros y del Notariado, hoy DG de Seguridad Jurídica y Fe Pública).

En la Jurisprudencia del TC especialmente se cita la conocida Sentencia 198/2012, de 6 noviembre relativa a la Ley 13/2005, sobre matrimonio entre personas de igual sexo, que el Tribunal Constitucional vino a considerar conforme al art. 32.1 CE (a pesar de su inciso inicial, referido literalmente al hombre y la mujer), acorde a su revolucionario espíritu igualitario (literal e intencionadamente expresado en su inciso final: *"con plena igualdad jurídica"*), impuesto por el más general art. 14 CE, que, en su exigencia de igualdad, se vio renovado, y reforzado, por aquella ley de 2005 para expandirse hasta alcanzar a todas las personas, al margen de su sexo (como ya hacía desde 1978).

De la jurisprudencia de nuestro TS se cita en lugar destacado y como origen de su presencia en nuestro país, la STS de 21 noviembre 1934 (RJ 1934/183), con Castán Tobeñas como Ponente, que versa sobre un conocido caso de hijos no ma-

trimoniales. Muy certeramente destaca el carácter innovador que dicha sentencia tuvo.

En el ámbito de la antes citada Dirección General, destaca el autor diversos supuestos en los que la realidad social hizo que se dictaran en su momento diversas Resoluciones que supusieron una auténtica innovación interpretativa en nuestro Ordenamiento. Especialmente se analiza la Resolución Instrucción de 23 octubre 2018 en su interpretación evolutiva y correctora de la llamada Ley "trans" (Ley 3/2007, de 15 de marzo, *reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*) permitiendo el cambio de nombre al transexual, aunque fuere un menor de edad y no se hubiera sometido a ningún tratamiento médico hormonal, ni quirúrgico.

Pero también destaca ejemplos contrarios, especialmente cuando dicha Dirección General —en opinión del autor— no supo realizar la interpretación adecuada de la nueva realidad social existente y declaró imposible el matrimonio entre dos varones (Resolución de 21 de Enero de 1988); igualmente se rechazó el matrimonio entre un varón y un transexual masculino a pesar de que se había obtenido judicialmente (y así constaba ya en el Registro Civil) la rectificación del dato del sexo para hacer constar el femenino en su inscripción de nacimiento (Resolución de 2 de Octubre de 1991). Dado que en ese momento yo era el Subdirector General de Nacionalidad y Estado Civil, recuerdo perfectamente la discusión en la Junta de Letrados: no se quiso innovar desde el ámbito del Registro Civil, pero tampoco se quiso cerrar la puerta a la posibilidad del matrimonio del transexual y lo que vino a decirse es que su capacidad matrimonial dependería de lo que se hubiera dicho en la sentencia judicial (requisito entonces necesario en cada caso) sobre el cambio de sexo. Por otro lado, en lo que se refiere a la realidad social del momento, aunque parezca en la actualidad otra cosa, hay que decir que, especialmente en el ámbito del Derecho Comparado y del Derecho Internacional, la cuestión no estaba en tales momentos clarificada aún, sino que lo que parecía prevalecer era la distinción entre el matrimonio (en el sentido tradicional de unión entre personas de distinto sexo) y las uniones de hecho reguladas y registradas oficialmente, como una especie de matrimonio de segundo grado (pueden verse en el sentido dicho las STEDH de 17 de octubre de 1986 y 27 septiembre de 1990).

Hay también un supuesto (anterior) que no se cita en este ámbito de la interpretación sociológica de la regulación del matrimonio y de las Resoluciones de la DGRN. Me refiero a la problemática del divorcio en nuestro Ordenamiento antes de la Constitución de 1978 y de su regulación por la Ley de 7 de Julio de 1981. Es lo que doctrinalmente vino a llamarse el "deterioro del orden público matrimonial español"; nuestra regulación era muy distinta (al no admitir el divorcio) en términos comparativos con nuestro entorno geográfico y cultural, pero la DG poco a poco fue introduciendo una modulación, al menos en los efectos, del matrimonio disuelto por divorcio en el extranjero. El orden público matrimonial experimentó una atenuación en los demás casos de matrimonio con elemento de extranjería o respecto de algunos efectos del divorcio en el extranjero (Resoluciones DGRN de 27 de junio de 1969, de 18 de septiembre de 1971, de 23 de marzo de 1976) llegándose a decir en Resolución de 6 de abril de 1979 que *el profundo cambio político-social, y también jurídico, que refleja y precisa la promulgación de la Constitución Española, la indisolubilidad del matrimonio ya no tiene rango cons-*

titucional añadiendo que «no es posible hoy estimar que ni tan siquiera respecto del matrimonio canónico, su indisolubilidad es de orden público, pues los principios constitucionales de no confesionalidad del Estado y de libertad religiosa (art. 16 de la Constitución), impiden tales discriminaciones civiles por razones religiosas.

El Libro se divide en cinco apartados, más un "PRÓLOGO (DEL PRÓLOGO)" y un "EPÍLOGO (ABIERTO DE CONCLUSIONES CERRADAS)".

I. La Primera parte se denomina: "EN BUSCA DEL QUINTO ELEMENTO".

En ella se estudia la génesis y evolución del elemento sociológico en la interpretación de la normas (con especial referencia la STS citada de 21 de noviembre de 1934), y la forma en que es recogido en el artículo 3.1 del Título Preliminar del C. Civil. Igualmente hay un primer acercamiento a lo que se entiende por realidad social (que el autor aproxima ya a lo que se ha venido a denominar "cultura jurídica").

II. La Segunda parte lleva el título de "SUS CONTORNOS".

Se destaca ante todo la finalidad de este elemento interpretativo: evitar la petrificación del Derecho. Solamente evitando el anacronismo la norma podrá seguir sirviendo al bien común y a la justicia (De Castro). Ahora bien, en esta interpretación nunca la norma ha de entregarse al criterio subjetivo del Juez pues ello lleva al peligro cierto de la inseguridad y la arbitrariedad.

Toda interpretación sociológica debe tener una base firme: ha de empezarse por la interpretación histórica del nacimiento de la norma, aunque el sentido originario y su razón de ser puedan haber cambiado. Es verdad que el intérprete no puede convertirse en el nuevo legislador y para ello ha de tener el límite claro del espíritu y finalidad perseguidos. O lo que es lo mismo: *"toda interpretación evolutiva habrá de serlo del sentido mismo de la norma, de su finalidad y razón de ser (más que cualquier otro criterio hermenéutico que, por sí mismo, siempre resulta finalista). No en vano, el art. 3.1 CC lo sitúa intencionadamente (…) en último lugar, y dirigido, como los demás (…), al fin propio de la norma"*, concluye este punto el autor. *Principio, realidad y norma son, en definitiva,* —continúa diciéndonos— *los elementos integrantes imprescindibles de una adecuada metodología jurídica y de cualquier interpretación jurídica, sea o no sociológica. Es lo que, no hace tanto, se ha venido a denominar la concepción tridimensional del Derecho: valor, realidad y norma; aunque, en nuestra opinión, que sigue a la de nuestro maestro Gordillo Cañas y es, además, plenamente conforme al sentido normativo del art. 3.1 CC (a su génesis, a su texto y a su espíritu), subordinando lo formalista y lo sociológico al finalismo (a la razón de la ley, al principio que la informa e inspira), retornando, así, a la originaria unidad integral de todos los elementos del Derecho: el formal o normativo, el fáctico o real, ambos desde la inspiración del elemento "principal", el valorativo de la justicia".*

III. A continuación se estudia el ámbito de aplicación de este elemento interpretativo en el apartado que se denomina: SU APLICACIÓN (A TODA NORMA JURÍDICA).

Defiende el autor su aplicación a toda norma juridica, también a las Constituciones y a los Tratados internacionales. En nuestro caso, la interpretación evolutiva de nuestra suprema norma ha de hacerse, además, por exigencia de la propia remision o llamada que el artículo 10 hace a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias

ratificados por España. Es la propia Constitución (con cita de autores) la que se interpreta evolutivamente.

También ha de aplicarse este elemento interpretativo a los principios generales del Derecho (en cuanto a su valor normativo) y a la costumbre, como ya en trabajos anteriores sobre el Fuero del Baylío había sostenido el autor con anterioridad.

IV. UNA REALIDAD SOCIAL "JURIDIFICADA".

Este es el título de la siguiente parte. Especialmente importante es la cuestión de qué ha de entenderse por una nueva realidad social que nos lleva a un cambio de orientación en la interpretación de un precepto. Es necesario —se nos dice— que la nueva realidad social esté de algún modo ya recogida en la legislación, que se deduzca del propio sistema jurídico y así se integre perfectamente dentro de él, sin oponerse a ninguna otra norma. Con ello, queda, en parte, conectada la interpretación sociológica con la sistemática. Por ello la realidad social no puede ser simple opinión doctrinal (más o menos generalizada), porque una cosa es que la doctrina sea causa nutriente para la conformación de una nueva realidad tendente a la evolución del propio Derecho, y otra muy distinta que forme por sí sola esa nueva realidad social

¿Dónde podemos buscar esa realidad social nueva? La realidad social ha de estar contenida en las propia normas, posteriores a aquella que se interpreta, lógicamente. Con valor interpretativo auténtico, nos lleva el profesor a los los Preámbulos nacionales y en los Considerandos europeos. Aunque ha de reconocer *que en tales textos hay mucha literatura (no siempre de calidad, por cierto), donde se entremezclan afirmaciones de muy variada índole (social, política, de técnica jurídica, cultural, económica, de oportunidad y legitimación —muy habitual, por ejemplo, en España, a fin de legitimar la norma, como estatal o como autonómica—,…); aunque no siempre tales apreciaciones resultan pertinentes (cuando, por ejemplo, contienen más referencias de mero oportunismo que de oportunidad, de mera propaganda —muchas veces electoralistas o enaltecedoras de la patria, como sucede con los preámbulos de las Constituciones y con el de algunos Estatutos de Autonomía—, o, en definitiva, conteniendo más moralina que estricta moral, más demagogia que pedagogía*.

Especial importancia se da al estudio de la búsqueda de la realidad social en el Derecho comparado (internacional y autonómico) integrado internamente. Ahora bien, el dato de origen extranjero sólo puede servir como fundamento de una interpretación sociológica cuando, de algún modo, ha sido interiorizado, por entrar a formar parte de nuestra propia jurisprudencia o bien de nuestro propio ordenamiento, ya sea por su conversión en norma interna, como, en efecto, puede suceder con los Tratados internacionales, una vez ratificados e integrados en el Derecho propio (cfr., arts. 1.5 CC y 96.1 CE), ya sea por el propio valor interpretativo que nuestras leyes le reconozcan (cfr., art. 10.2 CE). No obstante, se precisa en el libro que …*"esta exclusión del material de Derecho comparado, sin embargo, solo puede ser entendida cuando se hace interpretación sociológica de una norma interna, nacional. No sucede así, en cambio, cuando son el TEDH o el TJUE los que interpretan evolutivamente la Constitución Europea u otros textos internacionales: siempre habrá de hacerlo teniendo en cuenta el panorama normativo europeo al completo:*

bien en lo que de común haya entre los ordenamientos de los países miembros de la Unión, o bien, precisamente, en lo que algunos de ellos hayan evolucionado al respecto"

Difícil campo de estudio el que en este apartado se abre. No siempre ha sido posible realizar una aplicación armónica en la interpretación jurisprudencial de ciertas materias. Pensemos, sin ir más lejos, en el accidentado camino recorrido por el TS en relación al TJUE, en materia de protección de los consumidores ante intereses o cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios, que ha dado lugar a una zigzagueante jurisprudencia, con cambios forzados en nuestro TS, por mucho que se haya querido revestir de cooperación y eufemísticamente se le haya hablado de *"diálogo de Tribunales"*.

V. POR SU RESULTADO

Difícil apartado éste en el que el libro se adentra en el problema siempre resbaladizo de la realidad social y la costumbre, en su conceptuación y su diferenciación. Y aún más problemático aún es el tema de si la realidad social nueva por sí sola puede provocar un vacío normativo que nos llevara a desdeñar la aplicación de una norma para acudir a la analogía. Muy prudente se muestra en estos campos el autor; quizás conocedor de su fama de atrevido e innovador, se expresa en estos temas con toda cautela. Y nos dice que *"contra lo que algunos propusieron en el pasado, no parece que hoy la realidad social, ni siquiera la contenida en las Exposiciones de Motivos de las leyes, pueda servir de fundamento único para la analogía"*.

Igual de prudente se muestra en el llamado UN EPÍLOGO (ABIERTO) DE CONCLUSIONES (CERRADAS), donde es de agradecer la claridad a la vez que la precisión, con la que nos suministra en condensadas líneas tan documentado trabajo.

En fin, nos encontramos ante una obra llena de sugerencias, erudición y amena lectura, que a la vez nos hace aprender y disfrutar con ella.

Enhorabuena.

J.A. CUEVAS SEGARRA, "*El descubrimiento de prueba en la práctica procesal civil puertorriqueña*", ed. Bosch, Barcelona, 2023.

por

ANTONIO M. ROMÁN GARCÍA.
Catedrático de Derecho Civil.
Abogado.
Académico Correspondiente de la real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España.

Es para mí un honor y motivo de satisfacción redactar esta nota sobre la obra de mi querido amigo y colega, reconocido jurista puertorriqueño J.A. CUEVAS SEGARRA, autor de numerosas obras de Derecho Civil y Derecho Procesal, que acaba de publicar en la editorial Bosch: "*El descubrimiento de prueba en la práctica procesal civil puertorriqueña*".

El descubrimiento de prueba que autorizan las Reglas de Procedimiento Civil constituyó la reforma más notable en el área de la litigación. Antes del juicio todas las partes tienen el derecho a obtener el descubrimiento de toda la información que esté en posesión de cualquier persona. Un amplio y liberal descubrimiento de prueba es la médula del esfuerzo de destruir para siempre la deportiva teoría de justicia que tanto mina la fe del pueblo en el sistema judicial. Las partes deben "poner las cartas sobre la mesa" antes del juicio. No hay duda de que una prueba exitosa en la litigación civil requiere un dominio total de las normas y criterios recogidos en esta obra.

Es una obra eminentemente práctica, que servirá para resolución del caso concreto en sus aspectos procesales y sustantivos, desde los planteamientos contemplados en las Reglas de Procedimiento Civil.

El autor expone los antecedentes históricos del desarrollo de este proceso en el Derecho puertorriqueño, ya que durante la soberanía de España se regulaban por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, que en 1856 fue aplicada en Cuba y en Puerto Rico (provincias de ultramar), que como puso de relieve PRIETO CASTRO, partía del criterio de que la demanda no es por sí misma suficiente para la incoación del proceso, sino que exigía la aportación con ella de ciertos documentos básicos, que acrediten los hechos que causan la controversia jurídica y justifiquen la capacidad, la legitimación, el poder de representación o de gestión; y eventualmente el intento de conciliación; reflexionando sobre los mecanismos de descubrimiento de prueba que se adoptaron en Puerto Rico en 1943, por la recepción del Derecho procesal anglo-norteamericano. Todo ello además, con un amplio manejo de la jurisprudencia federal; enfocando los problemas prácticos del procedimiento relacionados con el alcance del descubrimiento, el informe de conferencias con antelación al juicio y sus enmiendas, alcance y sus limitaciones, la toma de deposiciones mediante examen oral o escrito, las alternativas disponibles, los interrogatorios, sus contestaciones, los requerimientos de documentos y su producción documental y/o electrónica, el examen físico y mental, los requerimientos de admisiones y sus contestaciones, las controversias en torno al pro-

pio descubrimiento, las consecuencias de la negativa a descubrir lo solicitado, así como la revisión de órdenes interlocutorias.

Desenvolviendo el descubrimiento de prueba pericial, la obligación de preservar pruebas,, las limitaciones y órdenes protectoras; las deposiciones antes de iniciarse el pleito o durante la apelación, el interrogatorio de las partes, el descubrimiento de documentos para ser inspeccionados, copiados o fotografiados, el examen físico y mental de los sujetos, la expedición de citaciones, la protección de las personas sujetas a la citación, la citación a testigos, la citación de personas recluidas en prisión, la ocultación de testigos, el desacato y la revisión de órdenes interlocutorias sobre el descubrimiento de prueba o las órdenes de manejo del caso; así como los términos y efectos de la interposición de un recurso de *certiorari*.

Y es que, como acertadamente señala J. GUASP, existen en Derecho ciertas formulaciones de unas prácticas instrumentales, indirectas o selectivas, eficaces, que nos señalan la respuesta y el camino para la resolución del caso concreto, recordando la teoría de IHERING, que introduce el *"topos"* (los *"topoi"* argumentaciones a las que se recurre para la resolución de las controversias jurídicas) en la elaboración de la categoría jurídica del "interés". Y, en esta dirección Th. VIEHWEG desarrollará su tesis, en un intento de superación del método lógico-deductivo de aproximación al Derecho, incidiendo en la importancia del adecuado conocimiento del caso concreto y la valoración del mismo, para la resolución de los problemas jurídicos.

Y, de nuevo observamos, como el Dr. CUEVAS SEGARRA, se esfuerza también en esta obra de acercarnos a los planteamientos procesales del *Common Law*, en su interacción con el ordenamiento civilista puertorriqueño contribuyendo a la riqueza del Sistema. Se cumple el cometido de reconstruir constantemente la doctrina científica y la jurisprudencial adaptándolas a las circunstancias del momento histórico y de los hechos concretos de la controversia.

Felicitamos vivamente al autor y nos complace contar con una obra de tan alta calidad jurídica, que será muy útil y necesaria para todos los estudiosos y operadores del Derecho.

Madrid, a 15 de noviembre de 2023

NORMAS DE PUBLICACIÓN
REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

1. NORMAS FORMALES DE PRESENTACIÓN

Conforme a los criterios de calidad exigidos tanto por las normas del CINDOC (Centro de Información y Documentación Científica) como por las de otras importantes bases de datos del ISI (Institute for Scientific Information), y con el fin de conseguir su inclusión en el Journal Citation Reports (JCR), se establecen las siguientes normas de publicación de trabajos en la RCDI.

1.1. Autoría

Los trabajos que se presenten para publicar en RCDI no podrán incluir los datos de autoría dentro del texto de dicho trabajo, con el fin de que se pueda realizar el proceso de evaluación ciega, según el protocolo de la propia Revista. En la ficha de alta como usuario, que necesariamente debe cumplimentar cada colaborador, se recogerán los datos personales y académicos del autor, datos que serán los que aparecerán en el texto que finalmente se publique.

1.2. Encabezamiento

Al inicio de todos los trabajos deberán constar los siguientes datos:

- Título del trabajo, *en minúsculas*, que deberá reflejar fielmente el contenido de artículo, *en español y en inglés*.
- Resumen del artículo con un máximo de 250 palabras.
- Resumen del artículo en inglés *(abstract*).
- Palabras clave: de 5 a 10 palabras clave.
- Palabras clave en inglés (*key words*).

1.3. Extensión

- Los estudios tendrán una extensión entre 25 a 40 folios.
- Los dictámenes y notas, de 10 a 25 folios.
- Los estudios jurisprudenciales, de 10 a 20 folios.
- Las recensiones bibliográficas, de 2 a 4 folios.

1.4. Tipo de letra

- Tratamiento de texto: Word.
- Tipo de letra: Times New Roman, tamaño: 12 (salvo las Notas, cuyo tamaño será 10).
- Interlineado: Sencillo (*Sin negritas ni subrayados*).
- Alineación de los párrafos: justificado a derecha e izquierda.

1.5. Estructura del trabajo

Además del encabezado, todos deberán contener un Sumario al inicio, que seguirá las siguientes pautas:

- I. EN VERSALES
- II.1. En versalitas
- III.1.A. *En cursiva*
- IV.1.A.a) En redondo
- V.1.A.a) a') (si lo hubiera). En redondo

El mismo finalizará con unas breves CONCLUSIONES, las cuales deberán ir precedidas por un número romano.

I.- […]
II.- […]
III.- […]

Se añadirá al final del trabajo un ÍNDICE de las resoluciones citadas a lo largo del trabajo siempre en conexión con el tema. Dicha cita se hará con el esquema siguiente:

P. ej. STS de 22 de octubre de 2002. (*Sin puntos en las siglas*).

Por último, contará con un apartado de BIBLIOGRAFÍA, que recogerá las referencias bibliográficas ordenadas alfabéticamente, conforme a la forma expresada en el siguiente apartado.

2. NORMAS PARA LA ELABORACIÓN DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Para la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado y para las Notas al final del trabajo, se seguirán las siguientes normas formato

APA (American Psychological Association), contenidas en el Manual de Estilo: *Publication Manual of the American Psychological Association,* disponibles en *www.apastyle.org*.

- Libro:
  APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título de la obra en cursiva. Lugar de publicación: Editorial.

  Ej.: GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2000). *Lecciones de Derecho Hipotecario.* Madrid: Marcial Pons.

- Capítulo de Libro:
  APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título del capítulo. En: Inicial del nombre y apellido/s (ed./dir./coord.). Título de Libro (en cursiva). Cuidad: Editorial (pp. Inicial y final).

  Ej.: DÍAZ FRAILE, J.M. (2017). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015. En M. Yzquierdo Tolsada (dir.). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)* Vol. 7º (2015). Madrid: Dykinson, BOE, Colegio de Registradores de España (pp. 47-63).

- Artículo:
  APELLIDOS, Inicial del Nombre. Año (entre paréntesis). Título del artículo. Nombre de la Revista en cursiva, nº de la revista, páginas inicial y final.

  Ej.: GÓMEZ PÉREZ, A. (1969). Los alimentos debidos a la viuda encinta. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* núm. 2, 373-401.

- Documento electrónico:
  Además de lo indicado anteriormente según sea libro o artículo, debe indicarse [En línea], la dirección URL y la fecha de publicación o la de su más reciente actualización.

  Ej.: GÓMEZ POMAR, F. (2001). Carga de la prueba y responsabilidad objetiva. *InDret* [En línea], núm. 40, disponible en *http://www.indret.com/cas/artdet.php?Idioma=cas&IdArticulo=139*

Conviene recordar que la forma de citar en texto correspondiente a las normas APA varía respecto a la tradicional de forma que:

- Tratándose de referencias bibliográficas en texto, se introducen en el propio texto de la siguiente forma: (autor, año de publicación y página). La

cita completa se desarrolla conforme a las normas que se acaban de exponer en la bibliografía recogida al final del artículo, no al pie de página.

Ej.: La viuda encinta se hace merecedora de los alimentos (GÓMEZ PÉREZ, 1969, 373), por lo que sería conveniente…

- Tanto las citas con referencia bibliográfica como las Notas que sean aclaratorias o informativas, irán siempre al final del artículo, correlativamente enumeradas y no en la página en que corresponda insertar la cita.

3. OTRAS NORMAS DE ESTILO

3.1. Cita de normas jurídicas

La primera cita de una norma, en el texto, será completa. Por ejemplo:

Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV o Ley 15/2015).

Los términos «Constitución española», «Código civil», «Código de Comercio», «artículo», «párrafo», «número», «disposición», etc., se escribirán de forma completa en el texto, salvo que sea entre paréntesis o entre corchetes, en cuyo caso se puede emplear la abreviatura (CE, CC, CCo, art., pfo., núm., disp.).

3.2. Uso de la mayúscula

Es conveniente el empleo de minúsculas en las iniciales de cargos u oficios (registrador, notario, abogado…), órganos (tribunal, juzgado…), preceptos (artículo, decreto…), dejando el uso de la mayúscula inicial para los nombres de personas e instituciones (Audiencia Provincial, Juzgado de lo Mercantil, Registro de la Propiedad…) y para los títulos de las normas.

El Consejo Editorial y de Redacción de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario rechazará los trabajos que no cumplan las normas de publicación que se indican.

Se informa que en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, los datos personales facilitados a Revista Crítica serán tratados de forma confidencial y quedarán incorporados a los respectivos ficheros de los que es responsable el Colegio de Registradores, con las finalidades que se detallan en el Registro General de Protección de Datos, no siendo utilizados para finalidades incompatibles con estas. Los datos recabados podrán ser cedidos en los casos previstos para cada fichero en dicho Registro. La Revista Crítica pone en conocimiento su política de privacidad, disponible en su página web. Le informamos que la Revista Crítica asegura el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en los términos establecidos en la legislación vigente, pudiendo utilizar para ello cualquiera de los canales de comunicación del Co- legio 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.