REVISTA CRITICA
DE
D E R E C H O
INMOBILIARIO

Año XCIII • Marzo-Abril • Núm. 760

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 XCIII • Marzo-Abril 2017 • Núm. 760

REVISTA BIMESTRAL

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

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

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

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

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

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

Comisión ejecutiva

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

Don Eugenio Rodríguez Cepeda
Exdecano del Colegio de
Registradores de la Propiedad
y Mercantiles de España

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

Don Juan María Díaz Fraile
Director del Servicio de Estudios
del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Consejero-Secretario de la Revista

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

Consejeros

Don Eugenio Fernández Cabaleiro
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Fernando Muñoz Cariñanos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Manuel García García
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Antonio Pau Pedrón
Exdecano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

Don José Poveda Díaz
Exdecano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Juan Pablo Ruano Borrella
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Juan Sarmiento Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Carlos Lasarte Álvarez
Catedrático de Derecho Civil
UNED Madrid

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

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

Don Fernando Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Juan María Díaz Fraile
Director del Servicio de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Fernando Pedro Méndez González
Exdecano 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
Exdecano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Juan José Pretel Serrano
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Alfonso Candau Pérez
Exdecano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Luis Fernández del Pozo
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Comité editorial

con funciones de evaluación externa

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

Don Vicente Guilarte Gutiérrez
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

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

Don Guillermo Jiménez Sánchez
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla

SUMARIO / SUMMARY

Págs.

ESTUDIOS / *STUDIES*

ARRIETA SEVILLA, Luis Javier: «Ordenación territorial y seguridad jurídica en la contratación inmobiliaria» / *Land management and legal certainty in real estate contracts* 605

ELIZARI URTASUN, Leyre: «Principales consideraciones sobre el depósito en garantía (Ley 474 del Fuero Nuevo)» / *Main issues about the deposit in guarantee (law 474 Fuero Nuevo)* 657

ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: «La ejecución de la hipoteca constituida *a non domino*. La tercería de dominio y el procedimiento declarativo» / *The foreclosure of a mortgage constituted by a non owner. So-called «tercería de dominio» and declarative procedure* ... 703

ESTUDIOS LEGISLATIVOS / *LEGISLATIVE STUDIES*

DÍAZ FRAILE, Juan María: «Efectos en España de los expedientes y actos de jurisdicción voluntaria acordados por autoridades extranjeras y su inscripción registral en la nueva Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria» / *The effects in Spain of the proceedings and the acts of voluntary jurisdiction on the part of foreign authorities and their registration in the new Act 15/2015 of 2 July on voluntary jurisdiction* .. 765

DICTÁMENES Y NOTAS / *LEGAL OPINIONS AND NOTES*

ARAGONÉS SEIJO, Santiago: «La ineficacia del delito de usurpación para el perjudicado: algunas ventajas del proceso civil» / *The ineffectiveness of the crime of usurpation for the injured: some advantages of civil procedure* 795

Págs.

DERECHO COMPARADO / *COMPARATIVE LAW*

ALIAGA HUARIPATA, Luis Alberto, y MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto: «El principio de fe pública registral y el fraude inmobiliario en el Derecho peruano» / *Register Public Faith and Real State Fraud in Peru* 825

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL / *RESOLUTIONS OF DIRECTORATE OF NOTARIES AND REGISTRIES*

Resumen de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, coordinado por Juan José JURADO JURADO..... 851

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / *JUDICIAL STUDIES*

1. DERECHO CIVIL:

1.1. Parte general:

— «El daño moral derivado de la ocultación por la esposa de la paternidad del hijo matrimonial» / *The moral damage derived from the concealment by the wife of the paternity of the married son,* por María Isabel DE LA IGLESIA MONJE 921

1.2. Derecho de familia:

— «La identidad personal. El nombre y los apellidos. El interés superior del menor» / *The identity of the person. The name and the surnames. The interest of the minor*, por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT 937

1.3. Derechos reales:

— «La inmatriculación en virtud de título público tras la reforma de la Ley 13/2015: análisis crítico» / *Immatriculation under public title: a critical analysis*, por María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA 976

1.4. Sucesiones:

— «El prelegado o el heredero instituido testamentariamente legatario: el doble llamamiento a título universal y

Págs.

a título singular» / «*Pre-bequest» or the heir instituted testamentary: to universal title and singular title*, por M.ª Fernanda MORETÓN SANZ..... 990

1.5. Obligaciones y Contratos:

— «La buena fe contractual como límite a las cláusulas suelo en contratos de préstamo a empresarios» / *Good faith as limit of floor clauses in business to business loans,* por Beatriz SÁENZ DE JUBERA HIGUERO... 1011

1.6. Responsabilidad civil:

— «La indemnidad del promotor inmobiliario en la vía de regreso. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 28 de noviembre de 2016» / *The indemnity of the property developer in the action for recovery. Commentary on the Judgment of the Supreme Court (First Chamber) of November 28, 2016*, por Pedro PÉREZ-CABALLERO ABAD 1030

1.7. Concursal:

— «El acuerdo extrajudicial de pagos, tras la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, y el crédito hipotecario» / *Non-judicial repayment agreements following Law 25/2015 of 28 July on the second-chance mechanism, and mortgage lending*, por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS 1043

2. MERCANTIL:

— «Autocontrato (conflictos de intereses) y las facultades representativas de los administradores» / *Self-dealing (conflicts of interests) and the power of directors to represent their company*, por Francisco REDONDO TRIGO..... 1065

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

— «La constancia registral del cambio de uso de una edificación o de parte de ella» / *Registration of the change of use of a building or a part of it,* por Eugenio-Pacelli LANZAS MARTÍN..... 1081

Págs.

4. DERECHO BANCARIO:

— «Inaplicación de la doctrina de los actos propios en supuestos de vicio en el consentimiento recaído sobre productos bancarios o de inversión establecido en las SSTS de 17 de diciembre de 2015, de 3 de febrero de 2016, de 16 de marzo de 2016, así como en el resto de jurisprudencia dictada en la materia» / *Refusal to apply the estoppel principle in cases of mistake in the formation of a banking or investment contract established in the judgments of the Supreme Court rendered on December 17th 2015, February3rd 2016, March 16th 2016, as well as other case law rendered on this matter*, por Héctor Daniel MARÍN NARROS 1095

ACTUALIDAD JURÍDICA / *LEGAL NEWS*

Información de actividades 1117

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / *BIBLIOGRAPHY INFORMATION*

«La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad», de José María FERNÁNDEZ SEIJO, por Santiago ARAGONÉS SEIJO.... 1127

«Daños punitivos: el 'patito feo' de la responsabilidad civil», de Pablo MÉNDEZ- MONASTERIO SILVELA, por Diego VIGIL DE QUIÑONES OTERO..... 1131

ESTUDIOS

Ordenación territorial y seguridad jurídica en la contratación inmobiliaria*

Land management and legal certainty in real estate contracts

por

LUIS JAVIER ARRIETA SEVILLA
Profesor Contratado Doctor
Facultad de Derecho Universidad de Navarra

RESUMEN: La preeminencia de los límites intrínsecos a la propiedad inmobiliaria basados en su función social puede ocasionar la quiebra de uno de los principios rectores del Derecho privado: la seguridad jurídica en la adquisición de derechos reales. El presente trabajo examina el modo en el que las reformas legislativas introducidas en el Ordenamiento jurídico en 2015 permiten la defensa armónica del medio ambiente y de la legalidad urbanística sin merma de la seguridad jurídica. En concreto, se analiza el tratamiento legal y jurisprudencial de las restricciones públicas que afectan a la propiedad inmobiliaria y las diversas soluciones *ex ante* y *ex post facto* que el legislador ha previsto para compatibilizarlas con la seguridad jurídica. Para ello se defiende que el Registro de la Propiedad actúe como cauce de difusión de la información territorial y, de manera eficiente, dote de publicidad frente a terceros a los límites públicos

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación «Situación actual y perspectivas de futuro de la información registral: hacia un nuevo modelo de administración del territorio» (DER2014-52262-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

que afectan al dominio. Así se deriva, especialmente, de la lectura conjunta de la Ley Hipotecaria (tras la Ley 13/2015) y de ciertas normas sectoriales entre las que destaca la Ley 33/2015 por la que se reforma la Ley 42/2007, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

ABSTRACT: The priority of the overriding interests based on the social function of property overrules one of the guiding principles of Private law: legal certainty in the acquisition of property rights. This paper examines the way in which the 2015 legislative reforms in the Spanish law combine efficiently and consistently the environmental protection and urban planning with legal certainty in the acquisition of lands. Specifically, the paper analyses the legal treatment of overriding interests and the ex ante and ex post facto solutions that the legal system proposes to make them consistent with legal certainty. It is supported that the Land Register can develop a key role as the central instrument not only for property rights but also for spatial data or territorial information. Therefore the Land Register can provide efficient publicity to prospective purchasers and third parties about the public domain and other public restrictions that affect property rights. This conclusion is achieved especially from the combined reading of the Mortgage Act (as amended by the Act 13/2015) and certain sectoral regulations among which it can be highlighted the Act 33/2015, which amends the Act 42/2007, on Natural Heritage and Biodiversity.

PALABRAS CLAVE: Seguridad jurídica. Costes de transacción. Límites públicos a la propiedad. Información territorial. Registro de la Propiedad. Representación geográfica de fincas. Interoperabilidad. Publicidad frente a terceros.

KEY WORDS: Legal certainty. Transactions costs. Overriding interests. Spatial data. Land Register. Geographic representation of registered properties. Interoperability. Publicity against third parties.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA SEGURIDAD JURÍDICA INMOBILIARIA.—III. LA ORDENACIÓN TERRITORIAL COMO FUENTE DE EXTERNALIDADES NEGATIVAS QUE LA PUBLICIDAD REGISTRAL NO REDUCE.—IV. VÍAS DE SOLUCIÓN DE LAS EXTERNALIDADES POR LÍMITES TERRITORIALES: 1. Soluciones *ex post facto*. 2. Soluciones *ex ante*.—V. MECANISMOS DE PUBLICIDAD DE LOS LÍMITES AL DOMINIO: 1. Infraestructura de datos espaciales de España. 2. Asociación de información territorial al Registro de la Propiedad.—VI. EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE VINCULACIÓN GRÁFICA DE LA INFORMACIÓN TERRITORIAL: 1. El modelo original de la Ley 24/2001. 2. El nuevo para-

DIGMA: LA LEY 13/2015: *2.1. Constancia registral de la calificación territorial. 2.2. Constancia informática de la información territorial georreferenciada.* —VII. INFORMACIÓN TERRITORIAL GEORREFERENCIADA EN LA LEGISLACIÓN SECTORIAL.—VIII. CONCLUSIONES.—JURISPRUDENCIA CITADA.—BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La ordenación territorial entendida como la defensa de la calificación ambiental y urbanística de los inmuebles es una realidad jurídica preeminente que se debe imponer por razones de utilidad pública en defensa del bien común y las futuras generaciones.

Sin embargo, el mantenimiento de la situación territorial puede ocasionar la quiebra de ciertos principios rectores del Derecho privado como la seguridad jurídica en la adquisición de derechos reales. A pesar de ello, es preciso admitir que la vinculación del propietario actual y de los adquirentes posteriores a los posibles límites urbanísticos o ambientales al dominio es coherente con el derecho a la propiedad privada reconocido en el artículo 33 CE[1]. El Tribunal Constitucional configura este derecho «como un haz de facultades individuales sobre las cosas pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir» (*STC* 37/1987, de 26 de marzo [*RTC* 37]). Dicho de otro modo, el reconocimiento del derecho a la propiedad privada no impide que puedan existir restricciones basadas en la función social del dominio entre las que se incluyen las referidas a la ordenación del territorio. Además, estas restricciones deben entenderse, como señala la STC 37/1987, «no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho»[2].

El propio Código Civil veladamente reconoce la supremacía de la calificación ambiental y urbanística al resaltar, en el artículo 348 del Código Civil, que «la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes». Asimismo, el artículo 350 del Código Civil admite las restricciones públicas al dominio al ordenar que el propietario actúe con sujeción a las normas de policía. En este punto, la letra del artículo 350 del Código Civil —cuya redacción es la original de 1889— está superada por el desarrollo del urbanismo y de la protección ambiental. Sin embargo, se puede afirmar que «los denominados en la época de la codificación "reglamentos de policía" no son sino lo que hoy es parte del contenido del Derecho urbanístico integrante de la legislación en materia de urbanismo y ordenación territorial»[3].

Por consiguiente, la propiedad privada presenta una serie de límites inherentes y es únicamente este derecho —tan alejado de ser incondicional y absoluto— el que puede ser objeto de administración o disposición por su titular. Como se explicará, la ordenación del territorio y la seguridad jurídica en la contratación inmobiliaria se desenvuelven en planos diferentes y aquella es preferente a esta. Ahora bien, esto no implica que la seguridad jurídica deba quedar desvirtuada por la imperativa defensa territorial, por lo que es necesario arbitrar una serie de medios que permitan la consecución conjunta y coordinada de ambos intereses.

Tras este apartado introductorio, se abordará el análisis de la seguridad jurídica en la contratación inmobiliaria (II); la dualidad de planos en los que se desenvuelven la seguridad jurídica y las limitaciones urbanísticas y ambientales (III); las vías de solución *ex ante* y *ex post facto* de los conflictos relativos a la adquisición de inmuebles con restricciones legales (IV); los mecanismos de publicidad no tabular de dichas restricciones (V), con especial énfasis en la evolución del sistema de vinculación gráfica de la información territorial conforme a la legislación hipotecaria (VI) y la legislación sectorial (VII).

II. LA SEGURIDAD JURÍDICA INMOBILIARIA

La seguridad jurídica es una aspiración de todo Ordenamiento. En concreto, el nuestro reconoce en el artículo 9.3 CE que, junto a otros principios, la seguridad jurídica queda garantizada por la Constitución. PÉREZ LUÑO señala que la seguridad jurídica se despliega en dos direcciones complementarias: por un lado, como exigencia objetiva que requiere el desarrollo del sistema jurídico a través de normas e instituciones y, por otro, como faceta subjetiva que presenta la seguridad jurídica como certeza, esto es, como proyección de la vertiente objetiva en situaciones particulares que incluye la posibilidad de conocer el Derecho por parte de sus destinatarios[4]. A esta nota de cognoscibilidad habría que añadir la recomendable estabilidad temporal del Derecho y su previsibilidad al ser aplicado en caso de conflicto[5].

En resumen, la seguridad jurídica presenta una doble dimensión. La primera referida al Derecho objetivo cuyo destinatario son los poderes públicos a quienes se les exige certeza y claridad normativa y se les prohíben comportamientos arbitrarios[6]. En segundo término, la seguridad jurídica se refiere al reconocimiento, mantenimiento y defensa de los derechos subjetivos entre los que se incluye la propiedad.

Este trabajo versa sobre la segunda acepción de la seguridad jurídica, ya que examina en qué medida la eficacia de las normas ambientales y urbanísticas afecta a los derechos inmobiliarios en aquellos supuestos en los que son adquiridos por un tercero de buena fe.

Si las notas de cognoscibilidad y previsibilidad se ponen en relación con los mercados inmobiliario e hipotecario se observa que los actos en virtud de los cuales se crean, transmiten, modifican, restringen o extinguen derechos reales sobre bienes inmuebles deben poder ser conocidos por todos. Por ello, la publicidad de la información jurídicamente relevante desempeña un papel central en la consecución de la seguridad jurídica subjetiva. Un medio apto para valorar hasta qué punto se logra es el análisis económico del Derecho que, en lo que a este trabajo respecta, centra su estudio en los costes de transacción presentes en el proceso adquisitivo[7].

Conforme a una división clásica, los costes se dividen en tres: los de obtención de la información sobre la situación jurídica del inmueble (costes de información); los de celebración del contrato (costes de contratación) y los necesarios para proteger el derecho frente a intromisiones o injerencias de terceros (costes de vigilancia)[8].

En la medida en que pueden existir derechos sin posesión, estados posesorios confusos y situaciones fácticas carentes de protección es imprescindible que la contratación inmobiliaria no se sustente en la posesión de hecho sino en un sistema que evite transacciones que a la postre resulten insatisfactorias. Precisamente para garantizar la titularidad de los derechos, facilitar su circulación y asentar las bases del moderno mercado hipotecario se ideó el Registro de la Propiedad[9]. La institución registral contribuye a la seguridad jurídica porque, por un lado, proporciona confianza al potencial adquirente al publicar los datos que debe conocer en torno a la situación jurídica de un inmueble y, al mismo tiempo, protege al titular registral, ya que, con carácter general, quienes inscriben nada tienen que temer[10].

A la vista de lo anterior cabe señalar que la función económica del Registro de la Propiedad es doble. Por un lado, aminora los costes de información a través de la publicidad de los derechos. Por otro, reduce los costes de vigilancia porque la inscripción protege a su titular. Sin embargo, la adopción de un sistema de registro introduce ciertos costes de contratación derivados de los aranceles de notarios y registradores. La pervivencia de este modelo requiere que el ahorro en los costes de información y vigilancia sea mayor que el aumento de los costes de contratación, pues solo así el adquirente preferirá depositar su confianza en la institución registral y rechazará la custodia privada de su derecho.

Como se ha indicado, una de las funciones del sistema tabular es la defensa del titular que ha inscrito su derecho. Esta afirmación resulta obvia cuando la inscripción refleja con exactitud la realidad jurídica pero cuando no es así su mantenimiento requiere cierta explicación, ya que la protección al titular registral determina la extinción del derecho o situación jurídica no inscrita. Esta cuestión trae a colación la convergencia o divergencia entre la seguridad del tráfico y la seguridad jurídica[11]. Si la primera tutela la buena fe de quien adquiere ignorando la inexactitud del Registro e inscribe, la segunda propone

una regla lógica consistente en que nadie pueda ser despojado de su derecho si no es por medio de un acto personal y voluntario y, por ello, asume la noción latina *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*.

Un primer análisis de ambos conceptos lleva a reconocer la incompatibilidad entre la seguridad jurídica subjetiva y la seguridad del tráfico toda vez que la protección del tercero de buena fe es incompatible con el mantenimiento del derecho por parte de su actual titular y a la inversa[12]. Sin embargo, se trata de una conclusión provisional que es preciso matizar. En un luminoso trabajo, PAZ ARES señala que la contraposición o repelencia entre la seguridad del tráfico y la jurídica queda, en la práctica, superada por la «hipótesis de la atracción». Un mayor análisis de la relación entre la seguridad del tráfico y la seguridad jurídica determina que no hay verdadera colisión entre ambas y, «aunque resulte paradójico a quien en realidad y de manera inmediata protegen estas normas [de seguridad del tráfico] es al titular del derecho y no al tercer adquirente, cuya tutela puede calificarse, acudiendo a una expresión gráfica, de puro rebote»[13].

Por consiguiente, la seguridad del tráfico no se opone sino que es una manifestación concreta de la seguridad jurídica subjetiva que permite maximizar el beneficio del titular al reducir los costes de transacción que, de otro modo, obstaculizarían el aprovechamiento o enajenación del derecho por su titular[14]. De ahí que PAZ ARES concluya que «las reglas de seguridad del tráfico son reglas que se establecen para hacerles [a los titulares actuales] más fácil valorizar o hacer efectivo el disfrute de sus derechos subjetivos, que justamente consiste en que se consume la transacción relevante»[15].

Aunque la seguridad del tráfico presenta una dimensión dinámica que admite la adquisición *a non domino* a costa del propietario original este efecto nunca se produce frente a un titular registral, por lo que quien inscribe nunca podrá ser despojado de su derecho, precisamente, porque ha inscrito[16]. La consecuencia que se deriva es que el sistema tabular ocupa una posición central en el reconocimiento de los derechos inmobiliarios al desincentivar la existencia de titularidades no inscritas.

III. LA ORDENACIÓN TERRITORIAL COMO FUENTE DE EXTERNALIDADES NEGATIVAS QUE LA PUBLICIDAD REGISTRAL NO REDUCE

El Registro de la Propiedad se ha venido empleando, casi de manera exclusiva, para la inscripción de la propiedad y sus limitaciones extrínsecas (arrendamientos, hipotecas, usufructos, servidumbres, etc.) y para vincular o afectar fincas a ciertos procesos judiciales declarativos o ejecutivos (anotaciones preventivas de demanda o embargo). Es decir, las restricciones al dominio por razones administrativas son ajenas, con carácter general, al folio registral. Este

silencio tabular no impide que dichas restricciones resulten preferentes y puedan vaciar de contenido un derecho real inscrito.

La falta de reflejo registral de los límites al dominio basados en la función social de la propiedad reside en que, *stricto sensu*, no afectan al contenido de la propiedad descrita en el artículo 348 del Código Civil, ya que por tratarse de realidades intrínsecas al dominio forman parte de su definición. Si, como ha establecido el Tribunal Constitucional, «utilidad individual y función social definen, (…) inescindiblemente, el contenido del derecho de propiedad» (STC 37/1987, de 26 de marzo [*RTC* 37]) es admisible que los límites internos del dominio no consten en el Registro y sean oponibles a terceros de buena fe. Ahora bien, no se puede negar que esta construcción jurídica no satisface la posición de quienes adquieren una finca ignorando que está afectada por alguna restricción administrativa, lo que perjudica la razonable aspiración constitucional de seguridad jurídica subjetiva.

Por tanto, se puede concluir que la ordenación territorial es fuente de externalidades negativas, ya que la eficacia del Registro no abarca esta información, «clandestina» desde una óptica meramente tabular, porque se le presume *iuris et de iure* una publicidad legal de mayor intensidad. En definitiva, la vertiente dinámica de la seguridad jurídica queda inoperante cuando se trata de cuestiones relacionadas con el ámbito territorial porque el titular registral, independientemente de su buena fe, queda vinculado por cualesquiera restricciones al dominio de las que el Registro no da publicidad pero que por razones de utilidad pública resultan oponibles[17].

Aunque son variadísimas las posibles restricciones urbanísticas y ambientales al dominio todas tienen en común su carácter preeminente. Por ello, la doctrina y la jurisprudencia son reacias a admitir la primacía de la publicidad registral frente a la información territorial[18].

Últimamente han aparecido ciertos pronunciamientos en la doctrina que abogan por la protección del tercero de buena fe en casos de licencias de construcción ilegales[19]. Aunque se trata de una idea sugerente y bien fundamentada se opone a la posición de los Tribunales que sostienen que la condición de tercero hipotecario resulta irrelevante con base en la subrogación legal que se deduce del artículo 27.1 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre (en adelante, TRLSRU). Este precepto señala —como ya venía haciendo la normativa anterior— que «la transmisión de fincas no modifica la situación del titular respecto de los deberes del propietario conforme a esta ley y los establecidos por la legislación de la ordenación territorial y urbanística aplicable o exigibles por los actos de ejecución de la misma». Ello implica que los adquirentes ocupan el lugar de sus transmitentes respecto de la situación urbanística y territorial de las fincas, por lo que la enajenación a un tercero de buena fe no hace que queden inoperantes los deberes o límites impuestos por la Administración[20].

Esta subrogación no distingue entre actos generales o singulares, ya que según ARNÁIZ EGUREN se extiende a «los deberes resultantes de la aplicación de la legislación y de los actos administrativos que se adopten en cumplimiento de sus disposiciones»[21].

Precisamente por el pleno reconocimiento jurisprudencial de la subrogación legal se dice que la protección tabular y la configuración intrínseca del dominio están en planos distintos[22]. Esta dualidad de planos está pacíficamente admitida por el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado[23].

Muestra inequívoca de la preeminencia de la información territorial son los derribos de edificaciones cuya licencia es declarada ilegal. En estas situaciones es habitual que cuando se pretende el restablecimiento de la situación original los terceros de buena fe soliciten la declaración de imposibilidad de ejecución por su falta de culpabilidad y su ignorancia en torno a la nulidad de la licencia (art. 105 LJCA). Sin embargo, en reiteradas ocasiones el Tribunal Supremo ha desestimado este argumento porque el interés privado del tercero debe ceder ante el interés público que anima la actuación urbanística[24]. Ello no obsta a que el tercero de buena fe pueda plantear las acciones civiles oportunas para la defensa de sus intereses o que esté habilitado para solicitar una indemnización a la Administración[25].

En relación a la incidencia de la normativa urbanística en la contratación inmobiliaria cabe destacar la resolución del Parlamento europeo, de 26 de marzo de 2009, sobre el impacto de la urbanización extensiva en España en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del Derecho comunitario dictada tras la aprobación del Informe presentado por Margrete Auken. La resolución describe el problema al subrayar que «miles de ciudadanos europeos, en diferentes circunstancias, han adquirido propiedades en España de buena fe, actuando conjuntamente con abogados locales, urbanistas y arquitectos, solo para descubrir más adelante que han sido víctimas de abusos urbanísticos cometidos por autoridades locales poco escrupulosas y que, en consecuencia, sus propiedades se enfrentan a la demolición porque se ha descubierto que han sido edificadas ilegalmente y, por lo tanto, no tienen valor» (considerando AH).

La resolución del Parlamento europeo insta a España «a realizar un debate público, con la participación de todos los órganos administrativos, que suponga un estudio riguroso mediante la formación de una comisión de trabajo sobre el desarrollo urbanístico en España, que permita tomar medidas legislativas contra la especulación y el desarrollo insostenible» (núm. 6).

Este requerimiento de reforma debería, no obstante, extenderse para incluir los límites ambientales al dominio. De este modo se podrían prevenir situaciones como la resuelta por la SAP de Madrid, de 19 de julio de 2010 [*JUR* 309821] en la que los compradores de una finca ignoraban ciertas restricciones en materia

de edificación debido a que el terreno estaba incluido en una zona especial de protección avícola[26].

Una posible vía para conciliar seguridad jurídica y ordenación territorial es optimizar la publicidad de los límites urbanísticos y ambientales al dominio y evitar que el Registro de la Propiedad genere una falsa apariencia de legalidad. Aunque las restricciones legales al dominio son públicas y, estrictamente, los interesados pueden conocerlas estos solo tendrán un conocimiento cabal de ellas tras asumir los costes temporales y económicos necesarios para solicitar información a las distintas Administraciones implicadas.

De la misma manera que el análisis económico clásico ha venido denunciando los sistemas inmobiliarios que reconocen eficacia a derechos y cargas ocultas, la seguridad jurídica en el siglo XXI exige un nuevo modelo que permita, en el ámbito de la información territorial, el mismo grado de reducción de los costes de transacción.

IV. VÍAS DE SOLUCIÓN DE LAS EXTERNALIDADES POR LÍMITES TERRITORIALES

Las propuestas destinadas a resolver la colisión entre la ordenación territorial y la seguridad jurídica pueden ser *ex ante* y *ex post facto*, en función de si son previas o posteriores a la adquisición de la finca.

Con carácter general se han empleado mecanismos de protección *ex post facto* de los terceros de buena fe afectados por la información territorial no inscrita. Estas soluciones pretenden la indemnidad económica del afectado o la impugnación del contrato que omite la información delimitadora del dominio. Sin embargo, los esfuerzos del legislador por idear soluciones *ex ante* han sido tradicionalmente escasos e insuficientes.

1. Soluciones *ex post facto*

El Ordenamiento recoge un amplio abanico de posibilidades que permiten al adquirente mitigar las consecuencias de la subrogación legal. Con carácter general no se trata de propuestas específicamente previstas para restricciones ambientales y urbanísticas sino de remedios generales de la contratación. Además, en muchos casos, son vías concurrentes e intercambiables atendiendo a la voluntad del lesionado y a la sencillez de la prueba.

i) El seguro de títulos. Fruto de la autonomía de la voluntad se podría elaborar un contrato de seguro que cubra los riesgos implícitos a la adquisición de inmuebles. En esta figura una aseguradora se compromete a cambio de una prima a indemnizar al beneficiario si el derecho real que adquiriere resulta

claudicante o defectuoso y a asumir, en su caso, su defensa jurídica[27]. La utilidad que presenta este contrato es doble porque la aseguradora no se limita a indemnizar al asegurado *ex post facto* cuando el riesgo cubierto acaece sino que desarrolla una función preventiva que proporciona cierta seguridad jurídica *ex ante*, ya que asume la investigación en torno a la veracidad y validez de la titularidad del transmitente. Al igual que en otros acuerdos convencionales habrá que estar a lo pactado para ver si las restricciones ambientales o urbanísticas que fueran previas a la adquisición están o no incluidas entre los riesgos cubiertos.

Aunque se trata de una figura desconocida en el panorama español resulta habitual en países anglosajones, especialmente en aquellos que cuentan con un sistema tabular de escasa protección como en el caso de Estados Unidos[28].

ii) Rescisión urbanística. El artículo 27.2 TRLSRU impone, en ciertos casos, al transmitente el deber precontractual de informar sobre aspectos urbanísticos. En concreto el precepto indica que deberá constar en el contrato «la situación urbanística de los terrenos, cuando no sean susceptibles de uso privado o edificación, cuenten con edificaciones fuera de ordenación o estén destinados a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública que permita tasar su precio máximo de venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda».

En caso de incumplimiento, el artículo 27.3 TRLSRU faculta al adquirente a rescindir el contrato en cuatro años y a exigir la indemnización que, en su caso, proceda. Se trata, por tanto, de un poder de configuración jurídica que permite al adquirente privar de eficacia a un contrato cuando ignoraba la restricción urbanística[29]. De esta manera el legislador admite que el adquirente pueda liberarse de las restricciones que afectan a la finca y que se le imponen *ex lege* con base en la subrogación que deriva del artículo 27.1 TRLSRU, respecto de la cual la rescisión urbanística actúa a modo de contrapeso[30].

La facultad rescisoria surge de una realidad objetiva cual es la falta de información por parte del transmitente y no de una cuestión subjetiva como la mala fe del vendedor. En este sentido, para CARRASCO PERERA la especificidad de esta acción radica en independizarse de la posible inexcusabilidad del comprador, sin que esto implique la protección de adquirente que conozca la realidad silenciada por el vendedor[31]. Desde esta óptica, ROCA JUAN concluye que el legislador «prescinde incluso de toda valoración del razonable deber de diligencia por parte del adquirente, imponiendo el deber de información al transmitente»[32]. No obstante, esta interpretación debe ser matizada, ya que la rescisión no solo se debe rechazar cuando el adquirente conoce la situación urbanística del terrero sino también en aquellas situaciones en las que, por razones profesionales vinculadas con la *lex artis*, se le pudiera exigir ese conocimiento.

Algunas sentencias parecen desvirtuar el carácter de esta acción al sugerir que la publicidad y cognoscibilidad de las circunstancias urbanísticas impiden su estimación por inobservancia de la diligencia exigible al comprador. Sin

embargo, es posible que se trate de pronunciamientos *obiter dicta* que se pueden reconducir a casos de conocimiento real de la situación urbanística o infracciones de la *lex artis*[33]. Admitir esa posición jurisprudencial supondría vaciar de contenido la acción especial de la Ley de Suelo e integrarla o superponerla a las acciones puramente civiles. Frente a esta tendencia reaccionaron las SSTS de 1 de marzo de 2012 [*RJ* 4634] y 30 de diciembre de 2015 [*RJ* 5950]. La primera estimó la rescisión para lo que asumió, como había manifestado la sentencia recurrida (SAP de Zaragoza, de 30 septiembre de 2008 [*JUR* 2009, 94042]), que «el régimen de publicidad de la legalidad urbanística no era instrumento suficiente para que, en el tráfico jurídico, el adquirente de fincas implicadas tuviera cabal conocimiento de los deberes urbanísticos». Por su parte, la segunda destaca la claridad de la Ley de Suelo y evita vincular la rescisión con la interpretación del error invalidante aunque en contestación al recurso de casación planteado expone que la compradora adquirió de buena fe confiando en la inscripción registral y, en última instancia, responsabiliza al vendedor de la situación de ignorancia del comprador.

Se puede concluir, por tanto, que la acción prevista en la Ley de Suelo asume que las circunstancias urbanísticas pueden ser conocidas a través de las Administraciones, sin que ello suponga un límite para la estimación de la demanda, aunque podría darse un trato más restrictivo a quienes por razones profesionales se les pueda exigir que tengan conocimiento de la situación urbanística de los terrenos.

El propio artículo 27.3 TRLSRU determina que el plazo para la interposición de la acción rescisoria es de cuatro años. La reforma de 2007 amplió el plazo de caducidad de uno a cuatro años en coherencia con el artículo 1299 del Código Civil. Ahora bien, ¿cuál es su *dies a quo*? Desde 2007 la Ley de Suelo, de un modo impreciso, parece remitirse a la legislación civil, lo que podría justificar la aplicación analógica del artículo 1969 del Código Civil que apunta que el plazo para el ejercicio de las acciones «se contará desde el día en que pudieron ejercitarse». Las Leyes de 1992 y 1998, por el contrario, señalaban que el plazo se iniciaba desde la fecha del «otorgamiento» del contrato[34]. La fijación del *dies a quo* en este momento privaba de la facultad de impugnar el acto adquisitivo a quienes una vez concluido este plazo tuvieran conocimiento de los deberes urbanísticos.

A pesar de la amplitud con la que la Ley de Suelo reconoce esta rescisión, el examen de la jurisprudencia determina que los conflictos relativos a terrenos inedificables se resuelven a través de los remedios generales del Código Civil. Ello puede obedecer a dos razones: al carácter subsidiario de la rescisión que conforme al artículo 1294 del Código Civil «no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de otro recurso legal para la reparación del perjuicio» y, como se dirá más adelante, a la mayor flexibilidad en la interpretación del *dies a quo* para la anulación de contratos por vicio en el consentimiento.

iii) Saneamiento por vicios ocultos. El artículo 1484 del Código Civil permite al comprador ejercitar las acciones edilicias si el objeto presenta defectos ocultos que lo hacen impropio para su uso o de tal modo lo disminuyen que, de haberlos conocido el comprador con anterioridad, no hubiese contratado o habría pagado un menor precio. Aunque el supuesto de hecho de este artículo es, en principio, ajeno a las restricciones públicas al dominio la situación podría ser diferente en el caso de enajenación de terrenos contaminados, ya que constituye un vicio de hecho que afecta a la utilidad o posesión económica de un inmueble[35]. Así lo admite la STS de 22 de diciembre de 2008 [*RJ* 2009, 162] porque «los daños originados en la cosa vendida que suponen un menoscabo de su valor o una imposibilidad de dedicarla al uso al que está destinada deben ser reclamados mediante el ejercicio de las acciones contractuales que correspondan, entre las cuales figuran las acciones para pedir el saneamiento de la cosa por vicios o defectos ocultos»[36].

Para MONFORT PERALES la falta de edificabilidad también encaja en la figura de los vicios ocultos en un sentido amplio, ya que afecta a la función o utilidad de un terreno[37]. Sin embargo, la STS de 4 de octubre de 1989 [*RJ* 6882] rechazó que la doctrina de los vicios ocultos pudiera ser de aplicación en estos casos. Asimismo, habría que rechazar la inclusión del volumen edificable en los defectos de cabida regulados en el artículo 1469 del Código Civil.

iv) Saneamiento por gravámenes ocultos. La inclusión de los límites legales entre las cargas ocultas que permiten el saneamiento del artículo 1483 del Código Civil suele ser rechazada por la jurisprudencia[38]. Para ello se aduce que no se puede hablar propiamente de realidades ocultas por la publicidad legal que se reconoce a estas limitaciones. Asimismo, tampoco se puede decir que las restricciones legales al dominio sean verdaderamente *cargas* a los efectos del artículo 1483 del Código Civil, ya que conforme a la interpretación constitucional del derecho de propiedad se configuran como límites intrínsecos y no extrínsecos al dominio.

Con todo, parte de la doctrina más reciente ha matizado la interpretación del referido precepto para que concuerde con la rescisión urbanística[39]. Es posible que un análisis más profundo de la relación entre estas acciones justifique que la exégesis amplia del artículo 1483 del Código Civil obedece a la vinculación que los Tribunales trazan entre la acción rescisoria y los gravámenes ocultos. Así parece confirmarlo la STS de 16 de marzo de 2011 [*RJ* 2875] que refiriéndose a las de 17 de noviembre de 2006 [*RJ* 8932] y de 8 de noviembre de 2007 [*RJ* 8845] afirma que «las referidas sentencias, que examinan los problemas de que se trata principalmente desde la perspectiva del artículo 1483 del Código Civil sobre gravámenes ocultos de las fincas objeto de la compraventa por haberse planteado así el debate en las instancias y en los respectivos recursos, resuelven estos, no obstante, mediante criterios interpretativos del artículo 62 del Texto Refundido de 1976» (precedente del actual art. 27.3 TRLSRU)[40].

A pesar de ello, la brevedad del plazo para la interposición de esta acción y la fijación del *dies a quo* en el momento de otorgamiento del contrato desaconsejan su uso.

v) Decaimiento de la causa. La jurisprudencia ha admitido progresivamente la doctrina de los motivos causalizados y la incorporación del fin subjetivo y común de los contratantes a la causa del contrato. El carácter objetivo de la causa propio del artículo 1274 del Código Civil es rechazado, entre otras, por la STS de 2 de abril de 1941 [*RJ* 493] que admite la relevancia jurídica de los «móviles impulsivos o determinantes» de la contratación. Un posible motivo casualizado podría ser la edificación o el destino previsto de un inmueble. Por ello, en caso de frustración del fin del contrato por límites legales al dominio la causa decaería y con ella el contrato[41].

Sin embargo, la figura de los motivos casualizados es más que discutible. Según DE PABLO CONTRERAS «estos supuestos nada tienen que ver con la causa, sino que atañen al requisito del consentimiento»[42]. En su opinión, si el motivo subjetivo no se incorpora a la relación contractual como condición de eficacia es preferible aludir al error en el consentimiento que, por otra vía, permitiría la impugnación del contrato. Por tanto, los motivos causalizados se podrían reconducir a la anulabilidad o, por otra parte, a la resolución del artículo 1124 del Código Civil que presenta una interpretación amplia del incumplimiento y no exige la culpabilidad del deudor como ya ocurre, por ejemplo, en las obligaciones recíprocas en caso de imposibilidad sobrevenida de una de ellas[43].

vi) Anulabilidad contractual. La situación del adquirente afectado por cualquier restricción al dominio puede analizarse desde la perspectiva de la anulabilidad del contrato a través del error y el dolo como vicios del consentimiento (arts. 1266 y 1270 del Código Civil).

La prestación defectuosa del consentimiento contractual por error es el expediente más común para la impugnación de adquisiciones de inmuebles afectados por restricciones públicas. Ello se debe al modo en el que el error ha sido formulado por el legislador e interpretado por la doctrina que lo califica como un mecanismo de atribución del riesgo a uno de los contratantes[44]. Con base en ello, la jurisprudencia es proclive a admitir la anulabilidad del contrato cuando hay una indebida asimetría informativa o una conducta negocial inapropiada por parte de uno de los contratantes.

El error únicamente invalida el consentimiento cuando recae sobre la sustancia del objeto del contrato y es excusable para el que lo sufrió[45]. La situación urbanística y ambiental de un inmueble es patente que afecta a la sustancia ya que condiciona el uso y el disfrute del objeto del contrato. En relación al carácter invencible del error se plantean ciertas dudas, ya que la publicidad legal de estos aspectos puede determinar que el error no sea excusable pues la ignorancia es fácilmente subsanable (STS de 15 de diciembre de 1992 [*RJ* 10494]). Para salvar este escollo los Tribunales han alegado, en algunas ocasiones, que el contrato es

anulable cuando el error se debe al comportamiento negocial del vendedor que con su conducta genera en el comprador la situación de error. Así cabe citar la STS de 13 de febrero de 2007 [*RJ* 716] relativa a la enajenación de una vivienda declarada ilegal y no legalizable que concluyó que «el carácter inexcusable del error (…) en absoluto puede beneficiar a quien precisamente, como sucede en este caso, ha provocado conscientemente la equivocación de la otra parte»[46].

A lo anterior habría que añadir que el transmitente asumirá el riesgo de anulación no solo cuando tuviera conocimiento de las restricciones a la propiedad sino incluso cuando le resultaran totalmente ajenas por la confianza infundida en el adquirente, salvo que este sea un profesional[47].

Como se ha apuntado, el vicio en el consentimiento también se puede deber al dolo en aquellas situaciones en las que a través de una serie de actos antijurídicos uno de los contratantes induce al otro a celebrar un contrato[48]. Para que sea relevante es necesario que el engaño sea grave y determinante de la contratación[49].

Las SSTS de 28 de febrero de 1990 [*RJ* 726] y 16 de octubre de 1999 [*RJ* 7330] establecen una interesante relación al sugerir que la rescisión urbanística equivale a una presunción *iuris tantum* de vicio del consentimiento en aquellas situaciones en las que hay incumplimiento del deber precontractual de información[50].

Según el artículo 1301 del Código Civil en los contratos con error o dolo el cómputo de los cuatro años para la anulación se inicia «desde la consumación del contrato». No debe confundirse la perfección del contrato con su consumación: si la primera acaece en el momento en el que se manifiesta el consentimiento por ambas partes, la segunda implica la realización íntegra de las prestaciones debidas. Esto supone que si quedan obligaciones por cumplir, no se inicia el cómputo de caducidad de la acción[51].

vii) Resolución por incumplimiento. Con base en el artículo 1124 del Código Civil la jurisprudencia admite que se prive de eficacia a las obligaciones en caso de cumplimiento defectuoso del enajenante que entrega una cosa funcionalmente distinta de la pactada que no satisface el interés del adquirente y es inhábil para el fin al que estaba destinada (*aliud pro alio*). La STS de 23 de octubre de 1997 [*RJ* 7181] admitió que «los impedimentos urbanísticos y administrativos, cuando los compradores no alcanzan su conocimiento al tiempo de celebrar el contrato, como sucede en este caso, actúan como causa resolutoria de la relación»[52]. Lo señalado por esta sentencia permite establecer un paralelismo entre el error como vicio en el consentimiento y la resolución basada en el *aliud pro alio*, ya que el examen de la jurisprudencia apunta que la resolución se estima cuando el adquirente estaba inmerso en una situación de error excusable[53]. En el error hay una percepción equivocada en las características del objeto que vicia el consentimiento. La resolución *aliud pro alio*, por su parte, se define por la entrega una cosa distinta de la pactada. Como

las limitaciones territoriales deben ser previas a la contratación, los remedios anulatorio y resolutorio resultan coincidentes porque únicamente si el comprador ignoraba la información territorial silenciada podrá desligarse del contrato. En cambio, si la información territorial hubiera sido omitida por el vendedor pero resultaba conocida por el comprador no habrá error y no parece razonable permitir la resolución pues supondría un abuso de derecho. No obstante, si habrá diferencias en el plazo de ejercicio de la acción que en la anulación será de cuatro años y en la resolución de cinco (arts. 1301 y 1964 del Código Civil)[54].

En este contexto procede hacer mención del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamientos de vivienda. Esta norma establece una serie de obligaciones de información a los promotores inmobiliarios vinculadas, entre otros aspectos, con la puesta a disposición del consumidor de las autorizaciones legalmente exigidas para la construcción. El mero incumplimiento de este requisito difícilmente puede justificar la resolución si ello no genera, además, una lesión al consumidor, en cuyo caso será posible resolver el contrato o reconducir la cuestión al error como vicio en el consentimiento (SAP de Madrid, de 14 de septiembre de 2012 [*AC* 1723]).

viii) Responsabilidad contractual. El artículo 1101 del Código Civil faculta al adquirente a exigir responsabilidad contractual a su transmitente en aquellas ocasiones en las que sufra algún daño resarcible cuando se pueda probar, al menos, la negligencia del transmitente. Por la función desempeñada, la responsabilidad contractual es compatible con la resolución por incumplimiento. Una de las variadas concreciones de lo anterior podría ser la enajenación de un terreno contaminado por el transmitente. El artículo 36 de la Ley 22/2011, de 28 de julio determina la responsabilidad subsidiaria del propietario actual de un terreno contaminado cuando no hubiera sido posible identificar al causante de la contaminación[55]. Ahora bien, será difícil que concurra el anterior supuesto de hecho, ya que la subsidiariedad de esta responsabilidad exige la imposibilidad inicial de reclamar al contaminante y su posterior localización por el adquirente que asumió los gastos.

ix) Responsabilidad de la Administración por incumplimiento del deber de dotar de publicidad a ciertos actos administrativos. El Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio introdujo en la Ley de Suelo la obligación de la Administración de indemnizar al tercero que se vea perjudicado por adquirir una finca afectada por un expediente disciplinario ya incoado que no hubiera sido anotado en el Registro de la Propiedad, ya que, en ciertos casos, resulta obligatorio[56]. Esta exigencia se mantiene en el artículo 65.2.II TRLSRU según el cual esta omisión «dará lugar a la responsabilidad de la Administración competente en el caso de que se produzcan perjuicios económicos al adquirente de buena fe de la finca afectada por el expediente. En tal caso, la citada Administración deberá indemnizar al adquirente de buena fe los daños y perjuicios causados»[57].

La falta de anotación del expediente no limita la eficacia de la subrogación legal pero facilitará la indemnidad económica del tercero de buena fe al hacer responsable a la Administración de los daños y perjuicios causados por su negligencia. Se trata de una cuestión que presenta gran interés pero que todavía, hasta donde conozco, no ha sido aplicada por los Tribunales, salvo una referencia puntual de la STSJ de Madrid, de 20 de abril de 2016 [*JUR* 161740].

x) Responsabilidad patrimonial de la Administración. La anulación de una licencia inicialmente concedida que luego es revocada por resultar contraria a la legalidad urbanística faculta al perjudicado a exigir una indemnización a la Administración. Así lo reconoce el artículo 48.d) TRLSRU en consonancia con los artículos 106 CE y 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. La STS (Sala Tercera) de 30 de enero de 1987 [*RJ* 2032] entiende que resulta «indudable que la anulación de una licencia ocasiona a su titular unos daños y perjuicios ciertos y determinables, porque, en todo caso, supone la imposibilidad de continuar realizando la actividad autorizada e incluso puede llegarse a la demolición de lo realizado. Por ello es claro que el administrado en estos supuestos sufre una lesión patrimonial que es consecuencia directa del obrar no correcto de la Administración». No obstante, la Administración quedará exonerada de responsabilidad cuando concurra en el perjudicado dolo, culpa o negligencia grave[58].

En relación a esta cuestión es necesario destacar la reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio. A través de ella se incluyó el artículo 108.3 LJCA en virtud del cual «el Juez […] exigirá, como condición previa a la demolición, y salvo que una situación de peligro inminente lo impidiera, la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe». El legislador, por tanto, pretende tutelar la indemnidad económica del tercero que no tendrá que esperar al derribo para reclamar su indemnización[59].

Se trata de una reforma, en este punto, similar a la que adoptó la Comunidad Autónoma de Cantabria con ocasión de la Ley 2/2011 que modificó la Ley de ordenación territorial y régimen urbanístico del suelo[60]. La Ley cántabra señaló en su disposición adicional sexta que «solo se podrá proceder a la demolición cuando haya finalizado el procedimiento para la determinación de la responsabilidad patrimonial, se haya establecido en su caso el importe de indemnización y se haya puesto este a disposición del perjudicado». Sin embargo, la STC 92/2013, de 22 de abril [*RTC* 92] declaró inconstitucional la norma porque la Comunidad Autónoma invadía la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal[61].

Antes de la declaración de inconstitucionalidad del precepto autonómico, MARTÍNEZ ESCRIBANO había señalado que podría dar pie a ciertas prácticas contrarias a la *ratio legis*, ya que vincular el derribo a la indemnización podría perpetuar la irregularidad urbanística por el impago de la Administración[62]. Pues

bien, esta misma valoración se puede hacer extensible a la nueva redacción del artículo 108.3 LJCA[63].

2. Soluciones *ex ante*

Aunque las propuestas legales de solución *ex post facto* se antojan, al menos teóricamente, suficientes, conducen a una poco deseable judicialización de la sociedad. Es innegable que el Derecho debe resolver estos litigios pero ordenar su solución no puede ser la única aspiración del Ordenamiento que debe procurar la construcción de un sistema que evite, en la medida de lo posible, el surgimiento de este tipo de conflictos. Es decir, el acento no debe ponerse en la visión patológica o conflictual del Derecho sino en su función preventiva para evitar que un tercero adquiera un inmueble con límites intrínsecos al dominio de los que no tiene conocimiento.

Como los datos territoriales son oficialmente públicos, la aspiración pasa por mejorar su publicidad, de modo que sean más accesibles para quienes están interesados en conocerlos.

La falta de publicidad natural de los actos urbanísticos ha hecho que, desde hace décadas, se haya propugnado su reflejo en el Registro de la Propiedad[64]. La Dirección General de los Registros y del Notariado ha resaltado que «las limitaciones públicas (procedentes del Derecho administrativo sectorial) deberían ser limitaciones publicadas, reforzando la eficacia y oponibilidad *erga omnes* que le atribuye su origen legal mediante la cognoscibilidad que genera su publicación tabular» (RRDGRN de 4 de junio de 2013 [*RJ* 5175], 11 de junio de 2013 [*RJ* 6113 y 6114] y 27 de febrero de 2014 [*RJ* 1800]). Por otro lado, la RDGRN de 12 de enero de 1984 [*RJ* 426] reconoce que «una de las materias en que es precisa la máxima coordinación entre las instituciones afectadas es aquella que hace referencia a la constancia en el Registro de la Propiedad de las variadas situaciones urbanísticas que pueden producirse a causa de la legislación especial de urbanismo, al objeto de que la función de publicidad propia de los libros registrales muestre a todos los interesados la verdadera situación jurídica en que se encuentran las fincas afectadas y que a la vez puedan conocer las consecuencias que se derivan de este tipo de actividad y se evite, de otra parte —ante su no constancia— la aparición del tercero protegido por la fe pública».

A pesar del esfuerzo del legislador para favorecer el acceso al Registro de los límites públicos al dominio, la realidad es que el objetivo está todavía lejos de cumplirse. Ello puede deberse a las dificultades técnicas para llevarlo a cabo, los costes para la Administración y su falta de interés, ya que en relación a las circunstancias urbanísticas y ambientales el asiento registral no desempeña una función protectora sino de publicidad meramente divulgadora[65].

La insuficiencia del sistema inmobiliario tradicional exige, por tanto, un replanteamiento de la cuestión[66]. En la optimización de la publicidad de los datos territoriales resultarán claves el diseño de sistemas geográficos de información, la colaboración entre las diversas Administraciones y la interoperabilidad automática de la información.

V. MECANISMOS DE PUBLICIDAD DE LOS LÍMITES AL DOMINIO

¿Qué mecanismos de publicidad no registral favorecen una mayor accesibilidad a la información territorial? En este punto nos vamos a referir a dos vías complementarias: la denominada infraestructura de datos espaciales de España y la información territorial asociada a la representación geográfica de las fincas registrales.

1. Infraestructura de datos espaciales de España

La Directiva 2007/2/CE, del Parlamento y del Consejo, de 14 de marzo de 2007 conocida como Inspire propone la creación de una infraestructura que contenga la información espacial generada en la Unión Europea. Su transposición la ha llevado a cabo la Ley 14/2010, de 5 de julio que ha impulsado la Infraestructura de datos espaciales de España que integra datos geográficos de distintas Administraciones públicas. A través de esta plataforma gratuita alojada en Internet se permite la búsqueda, localización, visualización, superposición y descarga de los datos geográficos disponibles en servidores pertenecientes a diferentes organismos cartográficos[67].

Aunque la función principal de la Directiva y la Ley de transposición es la coordinación entre Administraciones a fin de optimizar las políticas públicas territoriales, el acceso de los particulares a la información territorial a través del geoportal electrónico no está limitado. Gracias a ello se podría llegar a tener conocimiento de los datos disponibles en el geoportal con lo que se asegurarían inversiones y se reducirían los costes de información[68]. Sin embargo, el uso del geoportal para proporcionar seguridad al tráfico inmobiliario es insuficiente. Además, la abundancia y diversidad de datos, su desconexión respecto de la propiedad inmobiliaria y la complejidad técnica del geoportal dificultan la obtención de información[69].

2. Asociación de información territorial al Registro de la Propiedad

Desde hace un tiempo la institución tabular permite que ciertos datos territoriales que afectan a la propiedad —sin formar parte de un asiento— se asocien

a la finca registral a través de una aplicación informática en la que, por un lado, se describen gráficamente las fincas y, por otro lado, se representa información pública. A través de la información asociada el Registro únicamente presenta lo que una Administración determina que ocurre en la misma parte del territorio sobre la cual se encuentra representada una finca registral[70]. Gracias a la georreferenciación de la información registral y territorial y a la interoperabilidad y superposición automática de las capas de información, los eventuales terceros pueden conocer las circunstancias que delimitan el dominio de una finca[71].

La interoperabilidad permite relacionar de manera automática información proveniente de diversas fuentes. La Directiva Inspire la define en su artículo 3.7 como «combinación de los conjuntos de datos espaciales y de interacción de los servicios, sin intervención manual repetitiva, de forma que el resultado sea coherente y se aumente el valor añadido de los conjuntos y servicios de datos». Para que este intercambio de datos sea posible es indispensable disponer de los medios técnicos que permitan georreferenciar información espacial conforme a ciertos estándares de calidad que resulten compatibles, ya que de lo contrario el resultado será ilógico y no reportará utilidad alguna[72].

La referida interoperabilidad concuerda con la exigencia de colaboración interadministrativa del artículo 4 de la Ley 27/2006, de 18 de julio que expresamente se refiere a los Registros de la Propiedad entre las autoridades públicas que, conforme el artículo 6.1, «adoptarán las medidas oportunas para asegurar la paulatina difusión de la información ambiental y su puesta a disposición del público de la manera más amplia y sistemática posible»[73]. Asimismo, también concuerda con el objetivo de la reutilización de la información disponible por las Administraciones públicas recogido en la Ley 37/2007, de 16 de noviembre.

La consecuencia del empleo de la técnica de la asociación es que el Registro de la Propiedad opera como instrumento vertebrador de la información territorial, pues a través de él se mejora la publicidad de las limitaciones públicas al dominio[74]. Aunque no constituye una de las funciones propias del Registro responde de manera eficiente a una demanda social de mejora de la seguridad jurídica y de coordinación entre las Administraciones. Por tanto, como concluye FANDOS PONS, se «combina con éxito el carácter público de la información asociada, con el concepto de finca registral perteneciente al Derecho privado, y ello aprovechando el punto equidistante entre Administración y administrado en el que se encuentra el Registro de la Propiedad»[75].

Un requisito previo para que la asociación de información tenga utilidad es contar con la previa representación geográfica y digital de la finca. Es decir, solo se mejorará la seguridad jurídica si la información territorial se combina con la descripción registral gráfica de la finca, ya que esta es el elemento de organización del sistema tabular. Ahora bien, para que la información administrativa se pueda incorporar a la aplicación informática no será indispensable que conste previamente la representación geográfica de la finca. En definitiva,

las operaciones de incorporación y de asociación son diferentes. La primera es una acción administrativa en virtud de la cual se pone a disposición del Registro cierta información territorial para su interoperabilidad con la aplicación informática que permite la gestión de información georreferenciada. En cambio, la segunda es la consecuencia de la interoperabilidad a través de la cual la información territorial se vincula a la finca registral cuya representación geográfica se haya elaborado.

En relación a la manera en la que se procede a la descripción gráfica de las fincas y el modo en el que la información territorial y registral se relacionan hay que señalar que el legislador ha presentado dos modelos diferentes y parcialmente antagónicos: el original que data de la Ley 24/2001 y el desarrollado por la Ley 13/2015. A ellos dedicaremos el siguiente apartado.

VI. EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE VINCULACIÓN GRÁFICA DE LA INFORMACIÓN TERRITORIAL

1. El modelo original de la Ley 24/2001

La Ley 24/2001, de 27 de diciembre introdujo el artículo 9.1.ª.IV LH según el cual «los registradores dispondrán de aplicaciones informáticas para el tratamiento de bases gráficas que permitan su coordinación con las fincas registrales y la incorporación a estas de la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente».

El precepto transcrito permitió la identificación gráfica de fincas registrales a partir de los datos descriptivos contenidos en el folio registral o el título inmatriculador. Asimismo, la aplicación informática permitía incorporar información gráfica generada por las Administraciones con competencias sobre el territorio para asociarla con las fincas a través de la superposición automática de capas de información registral, administrativa, ambiental y urbanística. Enlazando las diversas capas se facilitaba la publicidad de circunstancias que sin estar inscritas afectan a la porción del territorio sobre la que se ha representado una finca registral[76]. Como esta información no se incorpora al folio su eficacia se limita a indicar que sobre el espacio sobre el que se identifica una finca registral existe cierta información de origen público que afecta a la propiedad[77]. De esta manera se favorecía la seguridad jurídica *ex ante* pues simplificaba el conocimiento por terceros de las limitaciones del dominio con el consiguiente ahorro de costes de transacción y disminución de la litigiosidad, ya que al prevenir adquisiciones funcionalmente no deseadas se evita acudir a los remedios *ex post facto*.

La información asociada planteó ciertas dudas, especialmente, sobre su utilidad a la hora de la calificación registral de nuevos títulos[78]. Aunque el Tribunal Supremo no llegó a posicionarse contamos con jurisprudencia menor y registral.

Es preciso subrayar la contradicción entre las SSAP de Santa Cruz de Tenerife, de 16 de octubre (Sección 3.ª) y de 12 de diciembre de 2012 (Sección 4.ª) [*JUR* 2013, 224949 y 2013, 55302, respectivamente]. La primera rechazó la inscripción de la declaración de obra nueva por la existencia de un expediente de disciplina urbanística que sin estar anotado aparecía asociado a la finca a través de la aplicación informática registral[79]. Sin embargo, la segunda estimó que el registrador «se excede en sus funciones» al calificar con apoyo en la información gráfica un auto de reanudación del tracto y de exceso de cabida resuelto por expediente de dominio. Por su parte, diversas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado admiten la calificación fundada en las bases gráficas y la información gráfica georreferenciada[80].

2. El nuevo paradigma: la Ley 13/2015

El artículo 9.1.ª.IV LH fue derogado por la Ley 13/2015, de 24 de junio que modificó algunos aspectos de la legislación hipotecaria y catastral. El legislador reformuló los procedimientos de inmatriculación, estableció un nuevo modelo de coordinación entre el Registro y el Catastro e impuso una mejora en la descripción física de las fincas. Sobre este último aspecto cabe destacar que la principal novedad es que la descripción perimetral de la finca será calificada por el registrador y objeto de inscripción y no simplemente transcrita al folio[81].

En lo que a la información territorial se refiere, la reforma presenta un sistema dual que combina los efectos propios de la información registral y, salvo algún matiz, los de la ya mencionada información asociada. No obstante, hay que señalar que la reforma se inclina, preferentemente, por la constancia tabular de la información urbanística, medioambiental o administrativa. Es decir, el reconocimiento de la información asociada se hace de forma incidental y complementaria.

2.1. Constancia registral de la calificación territorial

Conforme al artículo 9.a).II LH «cuando conste acreditada, se expresará por nota al margen la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente, con expresión a la fecha de la que se refiera».

Aunque la lectura de este precepto recuerda al derogado artículo 9.1.ª.IV LH existe una diferencia esencial que afecta a la forma y, por consiguiente, a la eficacia jurídica de esta información. Esa diferencia radica en que el nuevo texto asume la constancia registral por nota al margen mientras que el precepto derogado permitía su incorporación a una aplicación informática que relacionaba la descripción gráfica de una finca con la información territorial de su entorno[82].

La reforma potencia, por un lado, la protección de la información territorial y, por otro, su publicidad equiparándola a los datos registrales. Sin embargo, la presunta mejora de la protección no es tal, ya que la nota es innecesaria por resultar redundante con la eficacia de la subrogación legal[83]. Asimismo, la pretendida optimización de la publicidad —aspecto especialmente decisivo para dotar de seguridad jurídica *ex ante*—, es posible que, en la práctica, se diluya y resulte contraproducente.

La primera cuestión relativa al artículo 9.a).II LH que es preciso examinar es quién puede solicitar este asiento registral. El artículo 6 LH reconoce legitimación para inscribir no solo al que adquiere o transmite la titularidad real sino también a quien «tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir». Por ello, si lo estima oportuno, puede ser el propio titular registral el que solicite la nota marginal de contenido territorial. Sin embargo, ello solo tendrá lugar cuando del asiento se deriven efectos positivos para el propietario. Por el contrario, no tendrá interés en que se publique algún tipo de restricción o afectación de su derecho.

¿Es admisible que la Administración pueda, con base en este precepto, solicitar la nota al margen para que en el folio de una finca conste su calificación urbanística, medioambiental o administrativa? Entiendo que la respuesta debe ser afirmativa, a través de una interpretación amplia del artículo 6 LH, por razones de seguridad jurídica, dada la necesaria publicidad de cualesquiera situaciones jurídicas que afectan al dominio.

En segundo lugar, para practicar la nota al margen serán necesarios una serie de requisitos. Así, se requerirá la rogación expresa del propietario o de la Administración titular de la información; la satisfacción del requisito de forma pública necesaria para la práctica de cualquier asiento; la calificación por parte del registrador que es a quien debe constar acreditada la información territorial que se pretende anotar; el cumplimiento del principio de especialidad que requiere la identificación de la finca sobre la que se debe llevar a cabo el asiento y, finalmente, su redacción y firma. A los anteriores requisitos habría que añadir uno más en aquellas situaciones en las que se pretenda la nota marginal a instancias de una Administración y cuyo cumplimiento es decisivo para la práctica del asiento: el consentimiento del titular registral afectado. Por consiguiente, no se practicará la nota al margen si el titular registral no ha prestado su consentimiento o, al menos, no ha sido parte en el procedimiento administrativo en el que se adoptó la decisión que la Administración pretende registrar (art. 99 RH)[84]. Lo anterior es coherente con la interdicción de la indefensión derivada del principio de tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24 CE y con lo dispuesto en el Real Decreto 1093/1997, sobre inscripción de actos urbanísticos que en situaciones análogas exige la notificación del procedimiento administrativo al titular registral[85].

La legislación hipotecaria establece, por tanto, un nuevo paradigma de relación entre el Registro de la Propiedad y la información territorial, ya que reconoce con carácter general la posibilidad de que conste anotada en el folio registral. Aunque las notas marginales presentan diversidad de funciones, la del artículo 9.a).II LH constituye una nota de modificación jurídica que es aquella en la que se «consignan hechos o circunstancias que alteran, complementan o concretan la situación jurídica registrada»[86]. De ello se derivan dos cuestiones decisivas. En primer lugar, el registrador tendrá que tener en cuenta la información territorial anotada en el momento de la calificación de nuevos títulos que se quieran inscribir. De lo contrario, podría incurrir en responsabilidad. En segundo lugar, al tratarse de información registral se admite que pueda ser objeto de publicidad, por cuanto la nota marginal afecta al derecho inscrito y el contenido del folio puede ser conocido por quienes tengan interés legítimo.

Ambas cuestiones están, pese a todo, matizadas por la expresión final del artículo 9.a).II LH que alude a que la nota marginal con la calificación territorial se practicará «con expresión de la fecha a la que se refiera». A juicio de GARCÍA GARCÍA esto implica «una limitación a los efectos de la publicidad registral, pero sin que la convierta en mera publicidad noticia, pues respecto a la fecha consignada, la publicidad está plenamente acreditada»[87]. Por tanto, la eficacia de la nota marginal solo es plena en la fecha en la que se practica porque nada obsta a que pueda haber una variación extrarregistral de la calificación territorial posterior a la nota marginal. De este modo, para comprobar la subsistencia de la información territorial anotada el registrador deberá emplear la aplicación informática homologada por la RDGRN de 2 de agosto de 2016 [*BOE* de 1 de septiembre] y que estará a su disposición. A ella se refiere el artículo 9.b).IX LH y será objeto de especial atención en el siguiente subapartado.

Lo dispuesto en el artículo 9.a).II LH es merecedor de tres comentarios más. El primero relacionado con la preexistencia de normas que ya permiten o imponen el reflejo tabular de cierta información territorial. ¿En qué medida les afecta la reforma hipotecaria? En mi opinión, esos preceptos quedan absorbidos por la legislación hipotecaria, salvo que se refieran a asientos registrales diferentes de la nota al margen.

El segundo examina las dificultades que los requisitos de rogación, titulación formal, calificación e inscripción imponen para la anotación de esta información. Es tal el volumen de datos territoriales jurídicamente relevantes que resultará altamente improbable que se puedan calificar, uno por uno, los títulos administrativos presentados y después practicar, una por una, las notas pertinentes. Además, la constancia registral de esta información resulta desaconsejable porque, como ya hemos planteado, si esta información se refiere a una fecha concreta que actúa a modo de limitación de efectos de la nota marginal el registrador siempre deberá consultar la vigencia de la información en la herramienta auxiliar destinada para ello.

Por último, parte de la doctrina ha propuesto una interpretación complementaria a la apuntada sobre la necesaria acreditación de la información territorial para su constancia en el folio. Juan Antonio GARCÍA GARCÍA estima que el contenido de la aplicación informática a la que se refieren el artículo 9.b).IX LH y la disposición adicional primera de la Ley 13/2015 «produce la "incorporación" de determinados datos o calificaciones administrativas al folio real precisamente mediante la utilización de tal sistema»[88]. Esto implica que la nota al margen del artículo 9.a).II LH se podría practicar por el registrador una vez que le conste acreditada la información territorial a través de la aplicación informática, de tal modo que habría identidad y correspondencia, al menos inicialmente, entre la referida aplicación y el folio. De esta manera, el legislador habría admitido la inscripción registral gráfica propuesta por VÁZQUEZ ASENJO conforme a la que se emplea la técnica de la asociación de información para practicar una inscripción o, como en este caso, una nota marginal[89]. Esta interpretación formalmente válida se enfrenta, en mi opinión, con el obstáculo de los principios de rogación y tracto sucesivo. Aunque algunas notas marginales pueden practicarse de oficio estas se caracterizan por su falta de efectos *ad extra* pues únicamente sirven para relacionar o coordinar unos asientos con otros, facilitando así el manejo de los libros. Sin embargo, como hemos señalado lo razonable es pensar que la nota a la que alude el artículo 9.a).II LH es de modificación jurídica que debe ser practicada a instancia de parte. Además, como de su contenido se deriva la publicación de un dato que afecta al dominio inscrito se requerirá que sea solicitada por el titular registral o, si es un tercero, se evite su indefensión. Cuestión diferente sería asumir que la nota marginal únicamente indica que la aplicación informática contiene información geográfica referida a la finca sin dar más detalle sobre ella. En tal caso, se trataría de una nota de oficina que, tácitamente, elevaría el contenido de la aplicación informática a la categoría de asiento registral. Esta interpretación podría llegar a tener acomodo en la RDGRN de 2 de agosto de 2016 [*BOE* de 1 de septiembre] que señala que la aplicación informática se homologa en lo referente a «la inscripción gráfica *a través de* servicios de mapas web en línea».

2.2. Constancia informática de la información territorial georreferenciada

La Ley 13/2015 aspira a dotar de seguridad jurídica a la contratación inmobiliaria a través de un sistema rígido como es la nota al margen de calificación territorial y rechaza, al menos *prima facie*, la técnica de la asociación de información. Sin embargo, un análisis más detenido de la reforma muestra que la interoperabilidad no queda excluida. Por consiguiente, se puede decir que uno de los grandes aciertos que presenta la Ley es que admite un sistema

dual de publicidad de la información territorial: uno principal basado en la eficacia de la nota marginal de contenido territorial y otro complementario a través de una herramienta informática que permite la interoperabilidad de información georreferenciada. Así se deduce del artículo 9.b).IX LH según el cual «los registradores dispondrán, como elemento auxiliar de calificación, de una única aplicación informática suministrada y diseñada por el Colegio de Registradores e integrada en su sistema informático único, bajo el principio de neutralidad tecnológica, para el tratamiento de representaciones gráficas, que permita relacionarlas con las descripciones de las fincas contenidas en el folio real, previniendo además la invasión del dominio público, así como la consulta de las limitaciones al dominio que puedan derivarse de la clasificación y calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente».

La Ley 13/2015 exige, por tanto, un sistema informático que permita la representación gráfica de las fincas y la combinación automática de la información registral con la territorial, al tiempo que admite su empleo como un elemento más de calificación. Este reconocimiento zanja —o debería zanjar— el debate doctrinal y jurisprudencial en torno a la eficacia jurídica de la información asociada a la base gráfica de la finca registral.

Con el objetivo de nutrir la aplicación informática, la disposición adicional quinta impone a los municipios la obligación de ofrecer a los registradores un acceso mediante un servicio de mapas web a los planes urbanísticos generales y de desarrollo, debidamente georreferenciados y metadatados, así como a sus modificaciones aprobadas y en vigor[90].

Antes de seguir adelante hay que plantearse si la referencia del artículo 9.b).IX LH a la «clasificación y calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente» incluye las resoluciones administrativas particulares o se refiere únicamente a afecciones generales. Los conceptos clasificación y calificación se relacionan, respectivamente, con el régimen de diversos tipos de suelo (urbano, urbanizable y no urbanizable) y con la técnica para definir los usos e intensidades de que sean susceptibles los terrenos[91]. A la vista de lo anterior, se deduce que clasificación y calificación delimitan las facultades dominicales con eficacia general.

Sin embargo, una interpretación reducida de la información susceptible de ser asociada solo mejoraría insuficientemente la seguridad jurídica. Por ello, resulta preferible una interpretación teleológica que permita incluir en la herramienta informática no solo las declaraciones generales sino también los actos administrativos de eficacia singular que afecten al dominio, especialmente los procedimientos de disciplina urbanística[92]. En definitiva, lo decisivo para que la información territorial pueda ser incluida en la aplicación informática es que esté oficialmente declarada por la Administración competente, georreferenciada en un formato que permita la interoperabilidad y que suponga una restricción o delimitación de las facultades dominicales[93].

Es preciso destacar que el artículo 9.b).X LH prohíbe dotar de publicidad al contenido de la aplicación informática: «los registradores de la propiedad no expedirán más publicidad gráfica que la que resulte de la representación gráfica catastral *sin que pueda ser objeto de tal publicidad* la información gráfica contenida en la referida aplicación, en cuanto elemento auxiliar de calificación».

Una primera lectura de esta norma conduce a concluir que la publicidad formal se reduce a los asientos registrales entre los que se incluye la inscripción de la representación gráfica y la nota al margen de calificación urbanística, medioambiental o administrativa. Según esta concepción, el modelo de publicidad formal de la información territorial estaría basado en los principios del Derecho registral que vincula la publicidad a la constancia en el folio y, por consiguiente, rechaza que la aplicación informática pueda ser un instrumento de seguridad jurídica.

Sobre la base de este paradigma, cuando haya correspondencia entre la nota marginal y la herramienta informática quienes acudan al Registro para conocer la situación jurídica de un inmueble podrán tener conocimiento de la existencia de una restricción al dominio. Sin embargo, si la herramienta contiene información que no aparece en nota al margen podría ocurrir que una persona adquiera un derecho real y al tratar de inscribirlo se suspende o deniega su solicitud por la existencia de un dato recogido en la aplicación informática que el legislador reconoce como herramienta auxiliar de calificación. Es cierto que, conforme a lo anterior, se evitará que surjan terceros hipotecarios porque se rechaza la inscripción del título adquisitivo pero no se previenen *ex ante* los perjuicios del tercero que contrató ignorando la calificación territorial en la que se subroga.

Esta interpretación debe ser rechazada a la luz de lo que especifica otro inciso del propio artículo 9.b).X LH y la Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de noviembre de 2015.

Precisamente para evitar el quebranto de la seguridad jurídica, el artículo 9.b).X LH admite que «podrá ser objeto de publicidad registral la información procedente de otras bases de datos, relativa a las fincas cuya representación gráfica catastral haya quedado o vaya a quedar incorporada al folio real». Esto implica que lo que en un principio se niega luego se permite de una manera alternativa y subsidiaria.

Como apunta DÍAZ FRAILE, «en su literalidad esta norma da cabida a la información a la que se refiere la disposición adicional primera de la Ley 13/2015»[94]. Esta disposición adicional resulta fundamental para la consecución del objetivo de la seguridad jurídica *ex ante* porque permite y regula la forma en la que información gráfica registral y la territorial interoperan. En concreto señala que para ser empleada por los registradores «dicha aplicación o sistema de información geográfica habrá de permitir, a través de servicios de mapas web en línea, enlazar e interoperar visualmente, así como realizar análisis de contraste, con la cartografía elaborada por la Dirección General del Catastro y

con aquellas otras cartografías o planimetrías, debidamente georreferenciadas y aprobadas oficialmente por las distintas Administraciones competentes en materia de territorio, dominio público, urbanismo o medio ambiente, que fueran relevantes para el conocimiento de la ubicación y delimitación de los bienes de dominio público y del alcance y contenido de las limitaciones públicas al dominio privado».

Por otro lado, la Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de noviembre de 2015 también matiza la prohibición de dotar de publicidad al contenido de la aplicación informática. En concreto, circunscribe esta prohibición a las descripciones gráficas elaboradas de oficio en las aplicaciones anteriores a la Ley 13/2015, ya que «los registradores sí podrán expedir publicidad formal de los recintos geográficos que consten en dichas aplicaciones previas cuando tales recintos correspondan a la representación gráfica de las fincas *aportada preceptivamente* y archivada registralmente, conforme a la normativa sectorial que fuera de aplicación».

En definitiva, la prohibición del artículo 9.b).X LH no afecta a la seguridad jurídica que el tráfico inmobiliario requiere porque la información recogida en la aplicación informática podrá ser objeto de publicidad.

El mismo grado de seguridad se logrará en los procesos de ejecución a través del portal electrónico de subastas. El artículo 667 LEC, tras la Ley 19/2015, de 13 de julio, indica que se solicitará la información registral referida al inmueble subastado para que sea objeto de publicidad y, en concreto, «si la finca estuviera identificada en bases gráficas, se dispondrá la información de las mismas». Este inciso debe interpretarse de tal modo que no se limite a la remisión de la representación geográfica de la finca sino también a la información jurídica contenida en la aplicación informática[95].

Es curioso, no obstante, que la Ley 13/2015 haya evitado el término información asociada en el artículo 9 LH y en la disposición adicional primera. A pesar de ello, sí se emplea al regular el expediente de dominio y la inmatriculación por título público (arts. 203.1 y 205.III LH, respectivamente). En ambos casos, se establece que si «el registrador tuviera dudas fundadas sobre la coincidencia total o parcial de la finca cuya inmatriculación se pretende con otra u otras de dominio público que no estén inmatriculadas pero que aparezcan recogidas en la *información territorial asociada* facilitada por las Administraciones Públicas, notificará tal circunstancia a la entidad u órgano competente (…)».

Por consiguiente, el registrador debe comprobar en la aplicación informática que la representación geográfica de la finca que se quiere inmatricular no invade el dominio público. Esta norma admite tácitamente que las Administraciones puedan servirse de la técnica de la asociación para eludir el mandato legal del artículo 36 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre que exige la inmatriculación de los bienes inmuebles de dominio público, ya sean demaniales o patrimoniales. Sin embargo, la referencia expresa al dominio público en los artículos 203

y 205 LH debe limitarse a los inmuebles demaniales y no a los patrimoniales en la medida en que estos últimos no merecen la protección especial que se recoge en el artículo 132.2 CE y, por ello, son susceptibles de prescripción y de adquisición *a non domino* con apoyo en el artículo 34 LH[96].

En relación a la protección del dominio público a través del Registro el artículo 28.4.a) TRLSRU *in fine* señala que al practicar la inscripción de una obra nueva el registrador debe comprobar «que el suelo no tiene carácter demanial o está afectado por servidumbres de uso público general». A la consecución de este mandato normativo la herramienta auxiliar de calificación coadyuvará de manera decisiva.

En conclusión, si la infraestructura tecnológica existe y la legislación jurídicamente lo permite y, en ocasiones, lo impone corresponde a las Administraciones hacer uso de la técnica de la interoperabilidad para dar cumplimiento a sus obligaciones de publicidad eficiente de la información territorial para, de este modo, contribuir al desarrollo de la seguridad jurídica. Por su parte, compete al legislador incentivar la publicidad de la información urbanística, medioambiental y administrativa haciendo responsable a la Administración, como ya ocurre en el caso del artículo 65.2.II TRLSRU, de los perjuicios económicos que de la falta de inscripción o asociación se deriven a un tercero de buena fe.

VII. INFORMACIÓN TERRITORIAL GEORREFERENCIADA EN LA LEGISLACIÓN SECTORIAL

El paso adelante más significativo a favor de incluir información territorial en la aplicación informática registral se ha dado en el ámbito del medioambiente a través de la Ley 33/2015, de 21 de septiembre, por la que se modifica la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad (LPNB, en adelante).

La Ley 42/2007 estableció el régimen jurídico básico de la conservación, uso sostenible, mejora y restauración del patrimonio natural[97] y de la biodiversidad, como parte integrante del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado. La Exposición de Motivos de la Ley 33/2015 apunta que «la experiencia adquirida durante los años de aplicación de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, ha puesto de manifiesto la necesidad de mejorar ciertos aspectos de su aplicación». Una de las novedades que se introduce es la incorporación de la información ambiental al Registro de la Propiedad.

Ahora bien, la novedad que presenta —a diferencia de otras normas que ya reconocían el acceso al Registro de ciertos datos ambientales— es que la descripción geográfica de los espacios naturales ingresará en el Registro a través de la aplicación informática auxiliar y no constará en el folio registral de la finca afectada. Así se deriva, en concreto, del artículo 53.1 LPNB según el

cual «la información perimetral referida a espacios naturales protegidos, Red Natura 2000, los montes de utilidad pública y los dominios públicos de las vías pecuarias y zonas incluidas en el Inventario Español de Zonas Húmedas, integradas en el Inventario Español del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, quedará siempre *incorporada al sistema de información geográfica de la finca registral*, con arreglo a lo dispuesto en la legislación hipotecaria».

La Exposición de Motivos de la Ley 33/2015 reconoce que «con esta medida, se persigue dotar de mayor seguridad jurídica los aspectos relacionados con el régimen de propiedad de los espacios protegidos, por lo que la información perimetral referida a dichos espacios deberá tener su reflejo en dicho Registro». Y más adelante concluye que «se persigue, por tanto, instrumentar un mecanismo de publicidad que aumente la eficacia y aplicación de las normas reforzando la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario. Se trata de una información territorial asociada y que como tal tiene un valor meramente informativo».

A fin de cumplir lo dispuesto en el artículo 53.1 LPNB, se impone al Ministerio de Medio Ambiente el deber de mantener actualizado un servicio de mapas en línea con la representación gráfica georreferenciada y metadatada de espacios naturales, que permita su interoperabilidad con las representaciones gráficas de las fincas registrales[98].

En definitiva, la Ley 33/2015 pretende conciliar el régimen jurídico especial de los espacios protegidos y la necesaria seguridad del tráfico inmobiliario. Para ello el legislador no solo faculta sino que ordena al Ministerio de Medio Ambiente que se sirva de los sistemas geográficos que están a disposición de los registradores para mejorar la eficiencia de la publicidad de las áreas protegidas. En otras palabras, el legislador impone la interoperabilidad de la información territorial con la registral «con independencia de otros instrumentos o sitios electrónicos de información medioambiental que puedan establecer las comunidades autónomas en el marco de sus competencias» (art. 53.1 LPNB). Así, la posible constancia del espacio protegido en la infraestructura de datos espaciales de España no impide que también deba constar en la herramienta registral.

De ello se deriva la firme decisión del legislador de reconocer y normalizar el empleo de la técnica de la asociación gráfica registral como mecanismo de publicidad de los límites ambientales al dominio no solo con el objetivo de evitar daños al medio ambiente sino también prevenir a los posibles adquirentes. Por otro lado, el legislador reconoce la utilidad del Registro de la Propiedad como servicio público que, con efectos meramente informativos, proporciona información sobre el estatus ambiental de una finca.

La voluntad del legislador de servirse de la aplicación informática para la publicidad de restricciones públicas dominio no se circunscribe, únicamente, al patrimonio natural. Así, el artículo 29.11 de la Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de Carreteras establece que «en toda información registral que se aporte en relación con fincas colindantes con el dominio público viario estatal, así

como en las notas de calificación o despacho referidas a las mismas, se pondrá de manifiesto dicha circunstancia, como información territorial asociada y con efectos meramente informativos, para que pueda conocerse que dicha colindancia impone limitaciones a las facultades inherentes al derecho de propiedad»[99].

Asimismo, deben constar en el sistema informático registral la representación geográfica de la línea de dominio público marítimo terrestre, las servidumbres de tránsito y protección y la declaración administrativa de regresión por retrocesos graves de la orilla como se deriva de los artículos 26.3, 29.6 y 33.2 del Reglamento de Costas aprobado por Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre. Estos preceptos se refieren expresamente a la «incorporación al sistema informático registral» de aquella información a fin de evitar inmatriculaciones de fincas e inscripciones contrarias a la legalidad[100].

Para terminar cabría hacer referencia a la RDGRN de 2 de agosto de 2016 [*BOE* 1 de septiembre] que apunta que «una vez quede ultimada la cartografía georreferenciada de los puertos de titularidad estatal, la aplicación informática registral objeto de la presente homologación deberá incorporar al sistema dicha cartografía, de modo que se permita su interoperabilidad con la georreferenciación de las fincas registrales para poder compararlas con la ubicación y delimitación de los bienes de dominio público, a los efectos de prevenir la invasión de dicho dominio público en el ejercicio de la calificación registral».

A la vista de lo anterior se observa el interés del legislador por dotar de publicidad a través de la herramienta auxiliar de los registradores al dominio público y a ciertas restricciones inherentes que configuran del derecho de propiedad.

VIII. CONCLUSIONES

I. Las limitaciones urbanísticas y medioambientales a la propiedad no constituyen límites externos al dominio inmobiliario sino que operan como restricciones inherentes que derivan de la función social de la propiedad. Por ello, la ordenación territorial entendida como la defensa de la calificación ambiental y urbanística de los inmuebles goza de preeminencia respecto de la publicidad registral y los terceros de buena fe, con base en la subrogación legal que se ha asumido y generalizado por las sucesivas Leyes de Suelo.

II. La subrogación legal en materia territorial y la publicidad registral constituyen fuerzas antagónicas que se oponen mutuamente. En aquellas situaciones en las que hay una colisión entre ambas, mantener la situación territorial implica la quiebra de la seguridad jurídica que el legislador, en cierta medida, ha mitigado a través de diversos cauces generales y especiales destinados a permitir la impugnación del acto adquisitivo de la finca por parte del adquirente de buena fe que sufre la subrogación. El análisis de la jurisprudencia revela que el error como vicio del consentimiento es la vía más habitual para la tramitación de

estas impugnaciones, de modo que se logra la anulación del contrato y, en su caso, la indemnización por responsabilidad contractual. En escasas situaciones los Tribunales aluden a la acción de rescisión urbanística reconocida por la Ley de Suelo. Ello se puede deber a la concreción de su supuesto de hecho, al carácter subsidiario de toda acción rescisoria y a la mayor flexibilidad con la que se interpretan otras acciones de eficacia general.

III. De la misma manera que se rechaza la eficacia frente a terceros de derechos y cargas ocultas, la seguridad jurídica exige un nuevo modelo que permita prevenir la adquisición de inmuebles afectados por restricciones inherentes al dominio por parte de terceros de buena fe. Para ello, el legislador admite el acceso de la calificación urbanística, medioambiental o administrativa al Registro de la Propiedad a través de nota al margen. Sin embargo, ciertas dificultades procedimentales pueden ocasionar que este sistema resulte insuficiente para la seguridad jurídica. Por ello, la Ley 13/2015 ha señalado que los registradores de la propiedad deben contar con una aplicación informática que les permita incorporar la información georreferenciada de las Administraciones públicas con competencias sobre el territorio para que interopere con las representaciones geográficas de las fincas registrales a través de la superposición automática de capas de información registral, administrativa, ambiental y urbanística.

IV. El desarrollo tecnológico ofrece nuevas formas de gestión de la información territorial. En concreto, la georreferenciación de datos espaciales y los sistemas geográficos de información pueden contribuir a la consecución de la seguridad jurídica *ex ante*, ya que permiten reducir los costes de transacción. La inversión económica que se ha llevado a cabo para la elaboración de material de calidad y para la mejora tecnológica debe compaginarse con una coordinación entre las Administraciones y los Registros de la Propiedad en la línea de lo apuntado por las Leyes Hipotecaria y del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad tras su reformas de 2015 que crean un marco de publicidad eficiente que simplifica a los ciudadanos tener conocimiento real de las limitaciones que afectan al dominio.

JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal Constitucional

- STC 27/1981, de 20 de julio [*RTC* 27]
- STC 37/1987, de 26 de marzo [*RTC* 37]
- STC 46/1990, de 15 de marzo [*RTC* 46]
- STC 92/2013, de 22 de abril [*RTC* 92]
- STC 82/2014, de 28 de mayo [*RTC* 82]
- STC 233/2015, de 5 noviembre [*RTC* 233]

TRIBUNAL SUPREMO, SALA PRIMERA

- STS de 27 de enero de 1906 [*JC* 37]
- STS de 11 de mayo de 1966 [*RJ* 2419]
- STS de 27 de mayo de 1983 [*RJ* 2914]
- STS de 8 de febrero de 1985 [*RJ* 560]
- STS de 1 de octubre de 1986 [*RJ* 5229]
- STS de 27 de marzo de 1989 [*RJ* 2201]
- STS de 19 de enero de 1990 [*RJ* 16]
- STS de 28 de febrero de 1990 [*RJ* 726]
- STS de 23 de octubre de 1990 [*RJ* 8038]
- STS de 15 de diciembre de 1992 [*RJ* 10494]
- STS de 24 de febrero de 1993 [*RJ* 1249]
- STS de 24 de marzo de 1993 [*RJ* 3306]
- STS de 18 de marzo de 1994 [*RJ* 2557]
- STS de 28 de mayo de 1996 [*RJ* 3860]
- STS de 28 de septiembre de 1996 [*RJ* 6820]
- STS de 23 de octubre de 1997 [*RJ* 7181]
- STS de 16 de octubre de 1999 [*RJ* 7330]
- STS de 3 de marzo de 2000 [*RJ* 2001, 1308]
- STS de 17 de noviembre de 2006 [*RJ* 8932]
- STS de 5 de marzo de 2007 [*RJ* 723]
- STS de 8 de noviembre de 2007 [*RJ* 8845]
- STS de 5 de mayo de 2009 [*RJ* 2907]
- STS de 30 de septiembre de 2010 [*RJ* 8006]
- STS de 16 de marzo de 2011 [*RJ* 2875]
- STS de 20 de noviembre de 2012 [*RJ* 2013, 905]
- STS de 21 de diciembre de 2012 [*RJ* 2013, 1254]
- STS de 4 de octubre de 2013 [*RJ* 7251]
- STS de 3 de noviembre de 2014 [*RJ* 5273]
- STS de 12 de noviembre de 2014 [*RJ* 6460]
- STS de 12 de enero de 2015 [*RJ* 185]
- STS de 12 de enero de 2015 [*RJ* 608]
- STS de 19 de mayo de 2015 [*RJ* 2612]
- STS de 2 de junio de 2015 [*RJ* 3158]
- STS de 11 de febrero de 2016 [*RJ* 236]

TRIBUNAL SUPREMO, SALA TERCERA

- STS de 27 de enero de 1982 [*RJ* 364]
- STS de 30 de enero de 1987 [*RJ* 2032]

- STS de 21 de junio de 1994 [*RJ* 4995]
- STS de 20 de diciembre de 2004 [*RJ* 2005, 1879]
- STS de 13 de mayo de 2005 [*RJ* 9336]
- STS de 26 de septiembre de 2006 [*RJ* 6665]
- STS de 12 de mayo de 2006 [*RJ* 3646]
- STS de 10 de noviembre de 2006 [*RJ* 8277]
- STS de 6 de febrero de 2007 [*RJ* 8557]
- STS de 18 de marzo de 2008 [*RJ* 1756]
- STS de 4 de febrero de 2009 [*RJ* 3306]
- STS de 29 de abril de 2009 [*RJ* 5143]
- STS de 29 de octubre de 2010 [*RJ* 8232]
- STS de 29 de diciembre de 2010 [*RJ* 2011, 1066]
- STS de 16 de abril de 2013 [*RJ* 5241]
- STS de 17 de mayo de 2013 [*RJ* 5244]
- STS de 27 de mayo de 2015 [*RJ* 2484]
- STS de 3 de noviembre de 2015 [*RJ* 5489]
- STS de 5 de julio de 2016 [*RJ* 3900]
- Auto de 25 de marzo de 1987 [*RJ* 3808]
- Auto de 22 de octubre de 1987 [*RJ* 8747]
- Auto de 9 de julio de 1992 [*RJ* 6256]

Tribunal Superior de Justicia

- Galicia, de 29 de octubre de 2015 [*JUR* 297975]
- Madrid, de 20 de abril de 2016 [*JUR* 161740]
- Galicia, de 21 de abril de 2016 [*JUR* 113118]

Audiencia Provincial

- Zaragoza, de 30 septiembre de 2008 [*JUR* 2009, 94042]
- Madrid, de 19 de julio de 2010 [*JUR* 309821]
- Madrid, de 14 de septiembre de 2012 [*AC* 1723]
- Sta. Cruz de Tenerife, de 16 de octubre de 2012 [*JUR* 2013, 224949]
- Sta. Cruz de Tenerife, de 12 de diciembre de 2012 [*JUR* 2013, 55302]

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo

- Auto de Santander, de 18 de abril de 2016 [*JUR* 155008]

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- RDGRN de 12 de enero de 1984 [*RJ* 426]
- RDGRN de 2 de junio de 2006 [*BOE* 17 de julio]
- RDGRN de 4 de abril de 2013 [*RJ* 3671]
- RDGRN de 4 de junio de 2013 [*RJ* 5175]
- RDGRN de 11 de junio de 2013 [*RJ* 6113]
- RDGRN de 11 de junio de 2013 [*RJ* 6114]
- RDGRN de 27 de febrero de 2014 [*RJ* 1800]
- RDGRN de 16 de mayo de 2014 [*RJ* 6147]
- RDGRN de 5 de agosto de 2014 [*RJ* 4904]
- RDGRN de 15 de diciembre de 2014 [*RJ* 147]
- RDGRN de 1 de julio de 2015 [*RJ* 3745]
- RDGRN de 19 de febrero de 2016 [*RJ* 2979]
- RDGRN de 15 de marzo de 2016 [*RJ* 1349]
- RDGRN de 12 de abril de 2016 [*RJ* 3965]
- RDGRN de 19 de julio de 2016 [*RJ* 4116]
- RDGRN de 2 de agosto de 2016 [*BOE* 1 de septiembre]
- RDGRN de 23 de agosto de 2016 [*JUR* 197779]
- RDGRN de 14 de septiembre de 2016 [*JUR* 208854]

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ-GAMIO, M.ª V., LÓPEZ-VÁZQUEZ, C., STIEFEL, M. (2012). La autenticidad e integridad de la información geográfica. En: M. A. Bernabé y C. M. López-Vázquez (eds.), *Fundamentos de las Infraestructuras de datos espaciales*. Madrid: UPM Press, 203-215.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (1971). Algunas consideraciones en torno al artículo 1483 del Código Civil. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 487, 1345-1448.

ARNÁIZ EGUREN, R. (1999). *La inscripción registral de actos urbanísticos*. Madrid: Marcial Pons.

— (2014). *El hecho urbanístico y su tratamiento en el Derecho positivo*. Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters.

ARRIETA SEVILLA, L. J. (2013). La calificación registral en el Registro de la Propiedad digital y gráfico. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 740, 3671-3702.

— (2016). Comentario a la STS de 19 de mayo de 2015. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 100, 383-416.

ARRUÑADA, B. (2004). *La contratación de derechos de propiedad: un análisis económico*. Madrid: Colegio de Registradores.

— (2004). El seguro de títulos de propiedad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 681, 53-142.

— (2012). *Institutional foundations of impersonal exchange*. Chicago: University of Chicago Press.

ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2013). Remedio anulatorio y remedios específicos del régimen de la compraventa. En: Á. Carrasco Perera (dir.), *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, tomo I. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 349-359.

BAIRD, D., JACKSON, T. (1984). Information, uncertainty, and the transfer of property. *Journal of Legal Studies*, vol. 13, 299-320.

BELTRÁN AGUIRRE, J. L. (2002). Artículo 21. En: VV.AA., *Comentarios a la Ley sobre régimen del suelo y valoraciones*. 2.ª ed. Cizur Menor: Aranzadi.

— (2006). Clasificación, categorización y calificación del suelo en la legislación autonómica comparada, *Revista jurídica de Navarra*, núm. 41, 81-112.

— (2015). Edificaciones ilegales: los recientes límites introducidos por el legislador urbanístico al deber de demolición, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 49-60.

BUSTOS LAGO, J. M. (2013). Saneamiento de cargas ocultas y gravámenes urbanístico. En: Á. Carrasco Perera (dir.), *Tratado de compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, tomo II. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, pp. 1399-1408.

CARRASCO PERERA, Á. (2010). *Derecho de contratos*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters.

CASTILLA BAREA, M. (2000). *La imposibilidad de cumplir los contratos*. Madrid: Dykinson.

COASE, R. H. (1960). The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1-44.

DAHLMAN, C. J. (1979). The problem of externality. *Journal of Law and Economics*, vol. 22-1, 141-162.

DE FUENTE SANCHÍZ, N. (1963). En torno al urbanismo. Política del suelo y Registro de la Propiedad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núms. 422-423, 450-503.

DE LA PUENTE ALFARO, F. (2014). ¿Hacia un Derecho registral inmobiliario europeo? *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 741, 39-66.

DE MIGUEL PERALES, C. (2002). *Derecho español del medio ambiente*. 2.ª ed. Madrid: Civitas.

DE PABLO CONTRERAS, P. (2011). *Curso de Derecho civil*, vol. II. 3.ª ed. Madrid: Colex.

DE VERDA BEAMONTE, J. R. (1998). Compraventa de bienes inmuebles sujetos a vínculos urbanísticos. *Revista de Derecho patrimonial*, núm. 1, 267-278.

— (2000). Información Urbanística y Enajenación de terrenos no susceptibles de edificación o con edificios fuera de ordenación, *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 20, pp. 1-9. Documento electrónico Aranzadi BIB 2000\1948.

DÍAZ FRAILE, J. M.ª (2015). Exégesis de la Ley 13/2015, de 24 de junio, de reforma de la Ley Hipotecaria, en materia de inscripción de representaciones gráficas. *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 23, 859-906.

DÍAZ FRAILE, J. M.ª, HERRÁNZ DÍAZ, M. (1997). Limitaciones del dominio derivadas de la legislación especial. En particular su régimen de publicidad registral. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 638, 65-97.

DÍEZ PICAZO, L. (2007). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I. 6.ª ed. Madrid: Civitas.

— (2014). *La seguridad jurídica y otros ensayos*. Madrid: Civitas Thomson Reuters.
EHRENBERG, V. (2003). *Seguridad jurídica y seguridad del tráfico*, trad. Pau Pedrón. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad.
ENÉRIZ OLAECHEA, F. J. (2013). Un comentario a la Sentencia 92/2013, de 22 de abril, del Tribunal Constitucional, sobre la suspensión, acordada por una ley autonómica, de la demolición de edificaciones ilegales. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 63-73.
ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2001). Registro y urbanismo: la posición de los adquirentes. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 665, 963-1020.
FANDOS PONS, P. (2009). La ecoetiqueta de la finca registral. *Lunes 4,30*, núm. 467, 46-51.
— (2016). La información asociada a la finca registral. *GeoSig Reg2014*, núm. 7, 4-14.
FEMENÍA LÓPEZ, P. J. (2013). Comentario al artículo 350 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, 2906-2927.
GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. (1974). Actuación pública y actuación privada en el Derecho urbanístico. *Revista española de Derecho administrativo*, núm. 1, 79-98.
GARCÍA GARCÍA, J. A. (2016). El Registro de la Propiedad como instrumento al servicio de la protección de lugares naturales y su proyección sobre la seguridad del tráfico inmobiliario privado. *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, núm. 39, 103-140.
GARCÍA GARCÍA, J. M. (1988). *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, vol. I. Madrid: Civitas.
— (1994). La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2239-2310.
— (2016). *La finca registral y el Catastro*. Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters.
GONZÁLEZ BOTIJA, F., RUIZ LÓPEZ, M. Á. (2015). La ejecución de sentencias de derribo y los terceros de buena fe (a propósito del nuevo artículo 108.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 35, 23-45.
GORDILLO CAÑAS, A. (2008). El principio de fe pública registral (II). *Anuario de Derecho civil*, tomo LXI, 1057-1216.
GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (2013). Crítica civil a las demoliciones derivadas de la anulación de licencias: la aplicación del artículo 34 LH. *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 26, 23-51.
LASO MARTÍNEZ, J. L. (1993). Venta de terrenos afectados por vínculos de inedificabilidad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 616, 935-974.
— (2007). Anulación de licencias de edificación y sus efectos frente a terceros. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 699, 376-386.
LLEAL GRAU, M. (2013). *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública urbanística*. Girona: Universitat de Girona.
LLODRÀ GRIMALT, F. (2008). *Lecciones de Derecho ambiental civil*. Palma: Universitat de Illes Balears.
LÓPEZ HERNÁNDEZ, C. V. (2008). *La protección frente a los gravámenes ocultos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
LÓPEZ RODRÍGUEZ, J. A. (2009). La Red Natura 2000: limitaciones al propietario y ausencia de medidas compensatorias. *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 773, 13-14.

MARTÍN REBOLLO, L. (2013). Ejecución de sentencias de derribo y técnicas obstruccionistas (A propósito de la STC 92/2013, de 22 de abril). *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 28, 19-40.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2011). Protección del tercero hipotecario frente a la demolición del edificio ilegal. *Justicia Administrativa*, núm. 53, 7-40.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.ª T. (2004). *Evicción parcial en la compraventa en el Código Civil español*. Madrid: Dykinson.

MATHEU DELGADO, J. A. (2011). *Derechos de vuelo y subsuelo*. Madrid: Dykinson.

MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. (2002). La función económica de los sistemas registrales. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 671, 875-900.

— (2003). Seguridad del tráfico versus seguridad de los derechos: un falso dilema. En: A. Cabanillas Sánchez (coord.). *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo III. Madrid: Thomson Civitas, 4037-4062.

— (2011). *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio personal*. Madrid: Civitas Thomson Reuters.

MONFORT FERRERO, M.ª J. (1996). *Enajenación de terrenos no edificables y edificios fuera de ordenación*, Valencia: Tirant lo Blanch.

MONSERRAT VALERO, A. (2000). *Derecho inmobiliario registral*. Madrid: Civitas.

MORALES MORENO, A. M. (1988). *El error en los contratos*. Madrid: Ceura.

NORTH, D. C. (1990). *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press.

PAREJO ALFONSO, L. (1979). La ordenación urbanística y el Registro de la Propiedad; un problema de coordinación. *Revista de Administración pública*, núm. 88, 227-254.

PAZ ARES, C. (1985). Seguridad jurídica y seguridad del tráfico. *Revista de Derecho Mercantil*, núms. 175-176, 7-40.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (2001). *Derechos reales. Derecho hipotecario*, tomo I. 4.ª ed. Madrid: Centro de Estudios Registrales.

PÉREZ GARCÍA, M. J. (2010). El Registro de la Propiedad y el medio ambiente. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 718, 519-550.

PÉREZ LUÑO, A. E. (1991). *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel.

RAMOS GONZÁLEZ, S., MILÀ RAFE, R. (2009). Responsabilidad civil y daños a los propios bienes. *InDret* [En línea], núm. 3, pp. 1-11, disponible en http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=1290&pdf=664_es.pdf.

REVUELTA PÉREZ, I., NARBÓN LÁINEZ, E. (2010). Ejecución de sentencias en materia urbanística, demolición y terceros adquirentes de buena fe. El caso de la anulación de licencias. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 720, 1595-1646.

ROCA JUAN, J. (1978). Algunas consideraciones sobre la transmisión de inmuebles y el artículo 62 de la Ley del suelo. *Anales de Derecho*, núm. 2, 19-36.

RODRÍGUEZ PASCUAL, A. F. *et alii* (2006). Utilidad y significado de la Infraestructura de datos espaciales de España. Hermenéutica de la IDEE. En: M. T. Camacho Olmedo, J. A. Cañete Pérez y J. J. Lara Valle (eds.), *El acceso a la información espacial y las nuevas tecnologías geográficas*. Granada: Editorial Universidad de Granada, 441-454.

RODRÍGUEZ ROSADO, B. (2013). *Resolución y sinalagma contractual*. Madrid: Marcial Pons.

RUIZ ARNÁIZ, G. (2013). Los terceros de buena fe en la ejecución de sentencias (a propósito de la STS de 16 de abril de 2013). *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 29, 15-37.

SÁNCHEZ JORDÁN, M.ª E. (2013). Disciplina urbanística y el Registro de la Propiedad (a propósito de la reforma del artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Suelo). En: M.ª E. Sánchez Jordán (dir.), *El impacto de las nuevas tecnologías en la publicidad registral*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 443-470.

SANZ FERNÁNDEZ, Á. (1947). *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo I. Madrid: Reus.

SERRANO PAREDES, O. (2012). Red Natura 2000: régimen de intervención ambiental y derechos de los particulares. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 23, 433-470.

TRUJILLO CABRERA, C. (2011). La Directiva Inspire en España: ¿Registro o Catastro? En: M.ª E. Sánchez Jordán (coord.), *La información territorial en el Registro de la Propiedad: la incidencia de la Directiva Inspire y de las bases gráficas registrales*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 51-84.

— (2014). *Régimen jurídico de las bases gráficas registrales: identificación georreferenciada de fincas y seguridad jurídica*, Tesis doctoral inédita defendida en la Universidad de La Laguna.

TUR FAÚNDEZ, M.ª N. (2013). Vicios ocultos y *«aliud pro alio»:* estado de la jurisprudencia. En: Á. Carrasco Perera (dir.), *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, tomo II. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 1409-1418.

VÁZQUEZ ASENJO, Ó. G. (2010). *Aproximación a los principios gráficos hipotecarios*. Barcelona: Bosch.

— (2013). De la información asociada a la inscripción gráfica registral. En: M.ª E. Sánchez Jordán (dir.), *El impacto de las nuevas tecnologías en la publicidad registral*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 71-85.

ZIEMER, M. (2011). Title insurance – The good, the bad and the ugly: Does Victoria need it? *Australian Property Law Journal*, vol. 20, 1-32.

NOTAS

[1] La distinción entre límites y limitaciones a la propiedad es confusa. En ocasiones los límites derivados de su función social se diferencian de las limitaciones que suponen constricciones singulares que puede sufrir la propiedad en el ámbito normal de su contenido. Sin embargo, en el presente trabajo se emplearán indistintamente para referirnos a las restricciones que derivan del artículo 33.2 CE. La distinción también es abandonada por DÍAZ FRAILE, J. M.ª, HERRÁNZ DÍAZ, M. (1997). Limitaciones del dominio derivadas de la legislación especial. En particular su régimen de publicidad registral. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 638, p. 70 y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (2001). *Derechos reales. Derecho hipotecario*, tomo I. 4.ª ed. Madrid: Centro de Estudios Registrales, pp. 245-246.

[2] La caracterización de los límites derivados de la función social como elementos inherentes a la propiedad no constituye una construcción original que deriva del contenido del artículo 33 CE. Ya antes SANZ FERNÁNDEZ, Á. ([1947]. *Instituciones de Derecho Hipo-*

tecario, tomo I. Madrid: Reus, p. 388) había afirmado que las limitaciones públicas «lejos de ser extrañas al dominio, forman parte de su propio contenido y determinan hasta dónde llegan las facultades del propietario».

[3] MATHEU DELGADO, J. A. (2011). *Derechos de vuelo y subsuelo*. Madrid: Dykinson, p. 61. En el mismo sentido, FEMENÍA LÓPEZ, P. J. (2013). Comentario al artículo 350 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 2925.

[4] Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E. (1991). *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel, pp. 21-22.

[5] Cfr. DÍEZ PICAZO, L. (2014). *La seguridad jurídica y otros ensayos*. Madrid: Civitas Thomson Reuters, pp. 13-14.

[6] En este sentido, la STC 46/1990, de 15 de marzo [*RTC* 46] señala que «la exigencia del artículo 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas (…). Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no (…) provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto de la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes incluso cuáles sean estas».

Precisamente por esa dimensión objetiva, la STC 27/1981, de 20 de julio [*RTC* 27] ha manifestado que la seguridad jurídica implica la «certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad no favorable, interdicción de la arbitrariedad (…). La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad».

[7] En la doctrina española cfr., entre otros, GARCÍA GARCÍA, J. M. (1994). La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 625, pp. 2239-2309; MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (2002). La función económica de los sistemas registrales. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 671, pp. 875-900 y (2003). Seguridad del tráfico versus seguridad de los derechos: un falso dilema. En: A. Cabanillas Sánchez (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo III. Madrid: Thomson Civitas, pp. 4037-4062 y ARRUÑADA, B. (2004). *La contratación de derechos de propiedad: un análisis económico*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad.

[8] Cfr. DAHLMAN, C. J. (1979). The problem of externality. *Journal of Law and Economics*, vol. 22-1, pp. 147-148. No obstante, este autor estima que los costes de transacción se pueden reconducir a los gastos derivados de la falta o imperfección de la información. Sobre los costes de transacción, cfr. COASE, R. H. (1960). The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, vol. 3, p. 15.

[9] Cfr. ARRUÑADA, B. (2012). *Institutional foundations of impersonal exchange*. Chicago: University of Chicago Press, pp. 58-59 y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (2011). *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio personal*. Madrid: Civitas Thomson Reuters, pp. 79-80 y 84-88. En relación a la solución institucional de las asimetrías es preciso destacar la obra de NORTH, D. C. ([1990]. *Institutions, institutional change and economic performance*, Cambridge: Cambridge University Press), para quien «the major role of institutions in a society is to reduce uncertainty by establishing a stable (but not necessarily efficient) structure to human interaction» (p. 6).

[10] Esta es la consecuencia de los artículos 32 y 34 LH que regulan los principios de inoponibilidad de lo no inscrito y de fe pública. Como señaló la STS de 5 de marzo de 2007 [*RJ* 723] la fe pública «ampara las adquisiciones *a non domino* precisamente porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir».

[11] Cfr. EHRENBERG, V. (2003). *Seguridad jurídica y seguridad del tráfico*, trad. Pau Pedrón. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad.

[12] BAIRD, D. y JACKSON, T. ([1984]. Information, uncertainty, and the transfer of property. *Journal of Legal Studies*, vol. 13, p. 300) manifiestan que corresponde al legislador decidir, en caso de confrontación, quién debe resultar protegido, ya que no cabe proteger a ambos: «we can protect a later owner's interest fully, or we can protect the earlier owner's interest fully. But we cannot do both».

[13] PAZ ARES, C. (1985). Seguridad jurídica y seguridad del tráfico. *Revista de Derecho Mercantil*, núms. 175-176, p. 18.

[14] Cfr. PAZ ARES, Seguridad jurídica y seguridad del tráfico, pp. 14 y 26. MÉNDEZ GONZÁLEZ (*Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio personal*, p. 82) también propone esta doble dimensión de la seguridad jurídica subjetiva como certeza del adquirente de no ser privado del derecho por circunstancias que no conocía ni podía conocer y, al mismo tiempo, como certeza del titular que asegura que nadie puede disponer del derecho sin su consentimiento.

[15] PAZ ARES, Seguridad jurídica y seguridad del tráfico, p. 36. Esta interpretación permite comprender la afirmación de la STS de 20 de septiembre de 1993 [*RJ* 6647] que reconoce que la fe pública es el «principio hipotecario que consagra la seguridad jurídica en el ámbito hipotecario».

[16] GARCÍA GARCÍA, J. M. ([1988]. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, vol. I. Madrid: Civitas, p. 48) entiende que al admitir la adquisición *a non domino* el legislador pretende fijar la contraposición «entre la seguridad del derecho subjetivo apoyado en la publicidad registral, por un lado, y el derecho subjetivo basado exclusivamente en la clandestinidad». Por este motivo, no se puede compartir el fallo de la STS de 19 de mayo de 2015 [*RJ* 2612] que en una situación de doble inmatriculación admite la adquisición *a non domino* frente a quien había inscrito correctamente su derecho. Cfr. ARRIETA SEVILLA, L. J. (2016). Comentario a la STS de 19 de mayo de 2015. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 100, pp. 383-416.

[17] La Exposición de Motivos de la Ley de reforma hipotecaria de 1944 ya lo subrayaba al indicar que «fieles a la concepción social aludida y consecuentes, además, con básicos principios de la moderna ciencia jurídica, se excluyen de la fe pública registral las limitaciones legales de la propiedad».

[18] Cfr., sin ánimo de exhaustividad, las SSTS (Sala Tercera) de 13 de mayo de 2005 [*RJ* 9336], 12 de mayo de 2006 [*RJ* 3646], 26 de septiembre de 2006 [*RJ* 6665], 6 de febrero de 2007 [*RJ* 8557], 18 de marzo de 2008 [*RJ* 1756], 4 de febrero de 2009 [*RJ* 3306], 29 de abril de 2009 [*RJ* 5143], 29 de octubre de 2010 [*RJ* 8232], 29 de diciembre de 2010 [*RJ* 2011, 1066], 17 de mayo de 2013 [*RJ* 5244] y 3 de noviembre de 2015 [*RJ* 5489]. No obstante, la disposición transitoria primera de la Ley 2/1988, de 28 de julio, de costas apunta en su redacción actual que «los titulares de los terrenos de la zona marítimo-terrestre o playa que no hayan podido ser ocupados por la Administración al practicar un deslinde anterior a la entrada en vigor de esta Ley, por estar inscritos en el Registro de la Propiedad y amparados por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pasarán a ser titulares de un derecho de ocupación y aprovechamiento del dominio público marítimo-terrestre, por treinta años, respetando los usos y aprovechamientos existentes, a cuyo efecto deberán solicitar la correspondiente concesión». Esta disposición —declarada constitucional por la STC 233/2015, de 5 de noviembre [RTC 233]— es aplicada por las SSTS (Sala Tercera) de 27 de mayo de 2015 [*RJ* 2484] y 5 de julio de 2016 [*RJ* 3900].

[19] MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. ([2011]. Protección del tercero hipotecario frente a la demolición del edificio ilegal. *Justicia Administrativa*, núm. 53, pp. 31-38) propone, con base en el principio de proporcionalidad, un cambio jurisprudencial cuando un tercero hipotecario adquiere un inmueble edificado con licencia que con posterioridad es anulada si no se invade el dominio público o espacios protegidos ni haya menoscabo del patrimonio histórico-artístico o de derechos fundamentales de otros ciudadanos. En sentido análogo, REVUELTA PÉREZ, I., NARBÓN LAINEZ, E. (2010). Ejecución de sentencias en materia urbanística, demolición y terceros adquirentes de buena fe. El caso de la anulación de licencias. *Revista Crítica de*

Derecho Inmobiliario, núm. 720, pp. 1639-1641 y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (2013). Crítica civil a las demoliciones derivadas de la anulación de licencias: la aplicación del artículo 34 LH. *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 26, pp. 45-47.

[20] No obstante, quedarán amparadas por el principio de inoponibilidad las obligaciones asumidas por el transmitente frente a la Administración que no hubieran sido incluidas en el Registro de la Propiedad.

[21] ARNÁIZ EGUREN, R. (1999). *La inscripción registral de actos urbanísticos*. Madrid: Marcial Pons, p. 29.

[22] Así lo ha señalado el Preámbulo del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio sobre inscripción registral de actos de naturaleza urbanística según el cual «la acción urbanística y el Registro de la Propiedad se desenvuelven en esferas distintas, pues la primera no es materia propiamente registral y las mutaciones jurídico-reales, cuando se reflejan en el Registro de la Propiedad, se plasman con arreglo a sus normas propias e independientemente de las urbanísticas».

[23] En la jurisprudencia cabe citar, entre otras, la STS (Sala Tercera) de 21 de junio de 1994 [*RJ* 4995] que establece que «la fe pública registral, en definitiva, protege al tercer adquirente de las limitaciones voluntarias, no así de las instituidas por la ley o, como ocurre en el presente caso, de las impuestas, en virtud de la misma, por los actos de ejecución de sus preceptos que, en cuanto afectan al interés general, gozan de una publicidad que trasciende a la del Registro de la Propiedad». En el mismo sentido, son reveladoras las SSTS (Sala Tercera) de 28 de noviembre de 1984 [*RJ* 5984] que afirma que «la recurrente no puede alegar con éxito la tesis del tercero de buena fe, ya que, como es sabido, en Derecho urbanístico esta figura no juega» y de 29 de diciembre de 2010 [*RJ* 2011, 1066] para la cual los adquirentes «no están protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria porque este protege el derecho real, que pervive aunque después se anule o resuelva el del otorgante o transmitente; pero no protege la pervivencia de la cosa objeto del derecho cuando esta, la cosa, ha de desaparecer por imponerlo así el ordenamiento jurídico».

Por su parte, la RDGRN de 2 de junio de 2006 [*BOE* 17 de julio] reconoció que la «subrogación real se da respecto de toda transmisión de bienes afectados por alguna función administrativa (…) y estas limitaciones han sido configuradas por la más moderna corriente civilística caracterizada como *obligatio propter rem*, que afectan al propietario de la finca por el mero hecho de serlo, sin que el actor pueda pretender ampararse en la literalidad del artículo 34 de la Ley Hipotecaria». LASO MARTÍNEZ, J. L. ([2007]. Anulación de licencias de edificación y sus efectos frente a terceros. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 699, pp. 379-380) critica la terminología que emplea la resolución que transcribe parte del recurso contra la calificación en el que se citó la STS (Sala Tercera) 27 de enero de 1982 [*RJ* 364] que afirmó lo arriba recogido. De este modo, el Centro Directivo se refirió a la «subrogación real» cuando debería haber aludido a la «subrogación legal».

[24] Por ejemplo, los AATS de 25 de marzo y 22 de octubre de 1987 [*RJ* 3808 y 8747] y de 9 de julio de 1992 [*RJ* 6256]. Este último apunta que «la existencia de terceros hipotecarios no determina la imposibilidad de ejecución de la sentencia, y por otra parte el incidente de inejecución no es el momento procesal adecuado para pronunciarse sobre la protección hipotecaria y su posible conexión con la subrogación urbanística».

[25] Cuestión distinta es que la imposibilidad legal de ejecución se deba a otras razones, por ejemplo, una modificación de la calificación del suelo posterior a la declaración de ilegalidad. En tal caso la referencia a la fe pública registral no pasaría de ser una declaración *obiter dictum*, toda vez que lo decisivo es la modificación urbanística (acordada sin incurrir en desviación de poder) con la que lo edificado ahora resulta coherente. La jurisprudencia, conforme al artículo 103.4 LJCA, pretende ser exquisitamente cauta al examinar la correcta reforma urbanística, ya que no puede suponer «una vía torticera indirecta de incumplimiento de lo ordenado en la sentencia [que declaró ilegal una construcción]» (SSTS [Sala Tercera] 26 de septiembre de 2006 [*RJ* 6665] y 10 de noviembre de 2006 [*RJ* 8277]). En relación a esta cuestión cabe destacar la autorización provisional regulada en la Ley de Cantabria 4/2013,

de 20 de junio para edificaciones «sobre las que hubiesen recaído órdenes de demolición administrativas o judiciales (…) que resultan conformes con el nuevo planeamiento municipal en tramitación». No obstante, BELTRÁN AGUIRRE, J. L. ([2015]. Edificaciones ilegales: los recientes límites introducidos por el legislador urbanístico al deber de demolición, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, pp. 59-60) apunta que esta norma ha sido objeto de diversas cuestiones de inconstitucionalidad.

[26] Ni la normativa reguladora de la Red Natura 2000 ni la declaración de un espacio como zona especial de protección avícola concretan las facultades que se prohíben al propietario, por lo que la declaración como espacio protegido no implica directamente privación singular de derechos. Las concretas limitaciones singulares vendrán determinadas en el plan de gestión que desarrolla la primera declaración y que, en su caso, podrá llegar a generar el derecho a ser indemnizado (STS [Sala Tercera] 20 de diciembre de 2004 [*RJ* 2005, 1879]). Cfr. LÓPEZ RODRÍGUEZ, J. A. (2009). La Red Natura 2000: limitaciones al propietario y ausencia de medidas compensatorias. *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 773, p. 13 y SERRANO PAREDES, O. (2012). Red Natura 2000: régimen de intervención ambiental y derechos de los particulares. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 23, pp. 464-467.

[27] Cfr. ARRUÑADA, B. (2004). El seguro de títulos de propiedad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 681, p. 53.

[28] Cfr., MONSERRAT VALERO, A. (2000). *Derecho inmobiliario registral*. Madrid: Civitas, p. 48 y ARRUÑADA, El seguro de títulos de propiedad, p. 57. Sin embargo, no es un fenómeno exclusivo de países que cuentan con un sistema de limitados efectos jurídicos. Desde 1998 en Australia se ofrecen seguros de títulos para cubrir ciertos riesgos residuales que están al margen de la protección registral y del fondo público de seguro. Cfr. ZIEMER, M. (2011). Title insurance – The good, the bad and the ugly: Does Victoria need it? *Australian Property Law Journal*, vol. 20, pp. 21-29. Con todo, la doctrina manifiesta que, con carácter general, la regulación ambiental y urbanística suele excluirse del ámbito de cobertura.

[29] Así lo confirma la STS de 8 de noviembre de 2007 [*RJ* 8845] según la cual «no se trata, pues, de una ineficacia directamente establecida por la Ley, sino de una facultad de provocar la resolución que se concede al adquirente cuando no se ha hecho constar que el terreno no es edificable o que el edificio o la industria están fuera de ordenación». También la STS (Sala Tercera) de 9 de octubre de 1990 [*RJ* 8121]. Las dudas en torno a la naturaleza rescisoria o resolutoria de esta acción derivan de la redacción de la Ley de Suelo de 1956 y su Texto Refundido de 1976 que reconocían en sus artículos 50 y 62, respectivamente, la facultad del adquirente «para resolver el contrato». Las Leyes de Suelo desde 1992 sustituyeron la resolución por la rescisión. Sobre la preferencia del remedio rescisorio sobre el resolutorio, cfr. ARNÁIZ EGUREN, *El hecho urbanístico y su tratamiento en el Derecho positivo*, pp. 1092-1093 y 1097-1099. En defensa del carácter resolutorio, cfr. MONFORT FERRERO, M.ª J. (1996). *Enajenación de terrenos no edificables y edificios fuera de ordenación*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 96-97. Esta acción se circunscribe a enajenaciones contractuales excluyéndose las derivadas de procesos de ejecución (STS de 24 de marzo de 1993 *[RJ* 3306]). En contra de este parecer, cfr. DE VERDA BEAMONTE, J. R. ([2000]. Información Urbanística y Enajenación de terrenos no susceptibles de edificación o con edificios fuera de ordenación, *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 20, p. 7. Documento electrónico Aranzadi BIB 2000\1948) que alude al carácter objetivo de la acción basada en la lesión del adquirente y a la analogía con el artículo 1489 del Código Civil que no excluye la obligación de saneamiento por vicios ocultos en las ventas judiciales.

[30] Cfr. BELTRÁN AGUIRRE, J. L. (2002). Artículo 21. En: VV.AA., *Comentarios a la Ley sobre régimen del suelo y valoraciones*. 2.ª ed. Cizur Menor: Aranzadi, p. 446.

[31] Cfr. CARRASCO PERERA, Á. (2010). *Derecho de contratos*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, pp. 323-325 y BUSTOS LAGO, J. M. (2013). Saneamiento de cargas ocultas y gravámenes urbanístico. En: Á. Carrasco Perera (dir.), *Tratado de compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, tomo II. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, pp. 1403 y 1408.

[32] ROCA JUAN, J. (1978). Algunas consideraciones sobre la transmisión de inmuebles y el artículo 62 de la Ley del suelo, *Anales de Derecho*, núm. 2, p. 26. A pesar de ello, el autor es crítico con la configuración de esta acción que prescinde del principio de responsabilidad negocial, protege excesivamente la posición del adquirente y podría permitir comportamientos oportunistas.

[33] En la STS de 28 de febrero de 1990 [*RJ* 726] el adquirente tenía perfecto conocimiento de la limitación urbanística y en la de 8 de noviembre de 2007 [*RJ* 8845] el adquirente compró unas fincas que se «le vendían como rústicas y a precio de rústicas», por lo que no procede la rescisión. La STS de 3 de marzo de 2000 [*RJ* 2001, 1308] desestimó las alegaciones del adquirente —una sociedad cuyo objeto social era la construcción— porque «dejó de consultar, como era elemental para ella, en el correspondiente Ayuntamiento, el de Madrid, el régimen urbanístico afectante a los locales que adquiría». La STS de 16 de marzo de 2011 [*RJ* 2875] admitió la demanda conjunta de rescisión y resolución porque no hubo mala fe ni falta de diligencia de la compradora (una sociedad dedicada a la promoción inmobiliaria) que «solicitó información municipal sobre las condiciones urbanísticas de la finca y pocos días antes de la compraventa la obtuvo en el sentido de que toda la parcela era edificable, sin que se le advirtiera de la posible modificación que iba a producirse muy poco después».

[34] La STS de 1 de marzo de 2012 [*RJ* 4634] fijó el *dies a quo* en la fecha de la escritura pública y no en la del documento privado de arras porque asume la interpretación del contrato fijada en la Audiencia para la cual «es muy dudoso que en el contrato privado se contenga ya una verdadera compraventa perfeccionada» (SAP de Zaragoza, de 30 de septiembre de 2008 [*JUR* 2009, 94042]).

[35] Cfr. DE MIGUEL PERALES, C. (2002). *Derecho español del medio ambiente*. 2.ª ed. Madrid: Civitas, pp. 406-408; LLODRÀ GRIMALT, F. (2008). *Lecciones de Derecho ambiental civil*. Palma: Universitat de Illes Balears, pp. 64-68 y RAMOS GONZÁLEZ, S., MILÀ RAFE, R. (2009). Responsabilidad civil y daños a los propios bienes. *InDret*, [En línea], núm. 3, p. 6, disponible en http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=1290&pdf=664_es.pdf.

[36] En el ejercicio de esta acción es irrelevante la existencia de adquirentes intermedios dada la subrogación que el artículo 1511 del Código Civil reconoce al comprador respecto de las acciones del vendedor frente a transmitentes anteriores. La STS de 11 de junio de 2012 [*RJ* 6709] confirma este parecer. Sin embargo, la STS de 28 de octubre de 2008 [*RJ* 5801] previamente había rechazado la aplicación del artículo 1484 del Código Civil en un caso de terrenos contaminados.

[37] Cfr. MONFORT FERRERO, *Enajenación de terrenos no edificables y edificios fuera de ordenación*, pp. 69-75.

[38] Cfr. SSTS de 27 de enero de 1906 [JC 37], 15 de diciembre de 1992 [*RJ* 10494], 23 de octubre de 1997 [*RJ* 7181], 3 de marzo de 2000 [*RJ* 2001, 1308], 17 de noviembre de 2006 [*RJ* 8932] y 30 de septiembre de 2010 [*RJ* 8006]. Según esta última «no se incluyen dentro de las cargas y gravámenes a que se refiere el precepto las limitaciones legales del dominio que tiene carácter institucional y configuran el contenido normal del dominio por lo que no pueden ser desconocidas por el comprador».

[39] Cfr. MONFORT FERRERO, *Enajenación de terrenos no edificables y edificios fuera de ordenación*, p. 77; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.ª T. (2004). *Evicción parcial en la compraventa en el Código Civil español*. Madrid: Dykinson, pp. 260 y 302-304 y LÓPEZ HERNÁNDEZ, C. V. (2008). *La protección frente a los gravámenes ocultos*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 332-333. En cambio, la postura más clásica era reacia, cfr. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (1971). Algunas consideraciones en torno al artículo 1483 del Código Civil. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 487, p. 1447; LASO MARTÍNEZ, J. L. (1993). Venta de terrenos afectados por vínculos de inedificabilidad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 616, pp. 952-953; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2001). Registro y urbanismo: la posición de los adquirentes. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 665, p. 973 y GORDILLO CAÑAS, A. (2008). El principio de fe pública registral (II). *Anuario de Derecho civil*, tomo LXI, p. 1196.

Por su parte, DE VERDA BEAMONTE (Información Urbanística y Enajenación de terrenos no susceptibles de edificación o con edificios fuera de ordenación, p. 5) vincula la rescisión urbanística con el saneamiento de vicios ocultos. Así, apunta que «el defecto que hace la cosa vendida impropia para el uso al que se destina es una limitación urbanística, que hace que el terreno no sea susceptible de edificación o que los edificios en él contenidos estén fuera de ordenación».

[40] La aplicación coordinada del artículo 1483 del Código Civil y del precedente de la actual acción rescisoria urbanística (art. 50 de la Ley de Suelo de 1956) también aparece en la STS de 11 de mayo de 1966 [*RJ* 2419] en la que se solicita la rescisión de la compraventa *ex* artículo 1483 del Código Civil.

[41] Cfr. STS de 19 de enero de 1990 [*RJ* 16] en la que «la finca objeto de litis fue adquirida por los compradores y enajenada por el vendedor bajo el supuesto inexcusable, con categoría de motivo causalizado, de que la misma iba a poder ser destinada para edificar sobre su terreno (…) siendo, por otra parte, plenamente ajustada a Derecho la resolución contractual acordada, así como las ya dichas consecuencias restitutorias e indemnizatoria, al no haber podido alcanzarse, por impedimentos urbanísticos y administrativos, el fin único (con categoría de motivo causalizado) para el que los compradores adquirieron la finca y para el que el vendedor la enajenó». En el mismo sentido, cfr. SSTS de 23 de octubre de 1990 [*RJ* 8038], 24 de febrero de 1993 [*RJ* 1249] y 28 de mayo de 1996 [*RJ* 3860].

[42] DE PABLO CONTRERAS, P. (2011). *Curso de Derecho civil*, vol. II. 3.ª ed. Madrid: Colex, p. 376.

[43] Cfr. CASTILLA BAREA, M. (2000). *La imposibilidad de cumplir los contratos*. Madrid: Dykinson, pp. 213-218.

[44] Cfr. MORALES MORENO, A. M. (1988). *El error en los contratos*. Madrid: Ceura, pp. 88-105 y CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, pp. 288-289. Si la regla general es que cada contratante es responsable de sus decisiones el «traslado del riesgo solo estará justificado si existen condiciones suplementarias al simple error» (p. 300). De ello se deriva que habrá que rechazar la anulación de aquellos contratos en los que, incluso en una situación de asimetría informativa, el adquirente fuera un profesional a quien se le pueda exigir un mayor conocimiento de los usos y límites urbanísticos. BUSTOS LAGO (Saneamiento de cargas ocultas y gravámenes urbanístico, p. 1403) apunta que «en la jurisprudencia civil, la fuerza reguladora del artículo 19.3 del TRLS (y sus antecedentes) ha quedado absorbida por la aplicación general de los remedios propios del Derecho contractual común, constituido por las acciones de anulación por error o por dolo».

[45] Así, entre muchas, las SSTS de 12 de noviembre de 1996 [*RJ* 7919] que admitió la anulación porque el comprador adquirió una finca de secano asumiendo que podía ser transformada en regadío cuando era legalmente imposible y la de 30 de diciembre de 2015 [*RJ* 5950] en la que se adquirió en situación de error un inmueble construido en zona verde. La STS de 3 de noviembre de 2014 [*RJ* 5273] anuló la permuta de una finca en la que no era posible llevar a cabo la edificación proyectada por cuanto «era la propia Administración municipal la que presentaba datos erróneos» sobre la calificación urbanística del terreno.

[46] Cfr. SSTS de 27 de octubre de 1964 [*RJ* 4735], 10 de abril de 1965 [*RJ* 3744], 27 de mayo de 1983 [*RJ* 2914], 18 de febrero de 1985 [*RJ* 560] y 28 de septiembre de 1996 [*RJ* 6820], 4 de octubre de 2013 [*RJ* 7251] y 12 de noviembre de 2014 [*RJ* 6460]. Por ello no resulta admisible la SAP de Madrid, de 19 de julio de 2010 [*JUR* 309821] en la que se solicitó la anulación por vicio en el consentimiento pues los vendedores ocultaron maliciosamente a los compradores las restricciones dominicales en materia de edificación («con cuya finalidad la había comprado») debido a que la finca estaba incluida en una zona especial de protección avícola. Aunque el fallo desestimó la demanda alegando la falta de prueba de la conducta dolosa incluyó una importante reflexión en *obiter dictum* por la cual el carácter público de las declaraciones urbanísticas permitía a los compradores tener conocimiento de la situación jurídica de la finca antes de la contratación. En concreto, la Audiencia concluyó que «un eventual error sobre la condición urbanística hubiera tenido carácter inexcusable, y por tanto

sería irrelevante, dado que la parte contratante ha podido salir de su ignorancia procediendo con la diligencia media».

[47] En el contexto de la revisión general de la doctrina del error, MORALES MORENO (*El error en los contratos*, p. 226) afirma que «el contratante que padece el error debe, en principio, soportar sus consecuencias, salvo en aquellos casos en que dicho error, siendo esencial, pueda ser imputado al otro contratante (…) sin que sea necesario que su conducta haya sido dolosa o negligente». Así resulta de la relación entre los artículos 1266 y 1302 del Código Civil que al regular la legitimación activa para la anulabilidad alude «a los que produjeron el error», de modo que el error para poder anular el contrato debe ser provocado o, al menos, inducido por el otro contratante.

[48] Cfr. DÍEZ PICAZO, L. (2007). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I. 6.ª ed. Madrid: Civitas, p. 199.

[49] Así, en la STS de 5 de mayo de 2009 [*RJ* 2907] la finca vendida no tenía la cabida pactada ni la requerida para el establecimiento de una estación de servicio con cuya finalidad se adquirió el inmueble. La sentencia confirmó la recurrida en la que se «aprecia la existencia de dolo civil grave *in contrahendo* por ocultación de datos esenciales, aplicando la doctrina jurisprudencial de que el dolo abarca no solo la maquinación directa, sino también «la reticencia del que calla o no advierte debidamente a la otra parte, sin que lo invalide la confianza, buena fe o ingenuidad de la parte afectada»». Cfr., también, SSTS de 1 de octubre de 1986 [*RJ* 5229], 27 de marzo de 1989 [*RJ* 2201] y, en *obiter dictum*, 12 de noviembre de 2014 [*RJ* 6460].

[50] No obstante, me parecen acertados los argumentos de DE VERDA BEAMONTE (Información urbanística y enajenación de terrenos no susceptibles de edificación o con edificios fuera de ordenación, p. 2) que rechaza que la presunción *iuris tantum* de dolo toda vez que este debe ser necesariamente probado aunque admite que incumplir el deber precontractual de informar «constituye un comportamiento negocial objetivamente ilícito (contrario a la *bona fides in contrahendo*)». También rechaza que la rescisión urbanística se pueda interpretar a la luz de un error en el consentimiento aunque lo presume.

[51] La STS de 12 de enero de 2015 [*RJ* 608], del Pleno de la Sala Primera, ha flexibilizado la fijación del *dies a quo* en el caso de contratos bancarios complejos. En concreto establece que «el día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error». Para llegar a esta conclusión alude a la dificultad para percibir el error y la conveniencia de que no se inicie el cómputo del plazo hasta que se tenga conocimiento cabal de la causa que justifica el ejercicio de la acción en consonancia con los Principios de Derecho europeo de contratos (art. 4:113). También se podría aludir a los artículos 14:301 de los Principios y el III-7:301 del Marco Común de Referencia que fijan el *dies a quo* en el conocimiento de los hechos y circunstancias que determinan el nacimiento de la acción limitándolo, por razones de seguridad jurídica, a 30 años (art. III-7:307). A la luz de lo anterior se podría admitir la doctrina de la *actio nata* —rechazada en la época de la codificación— para que el adquirente pueda interponer la acción de anulación en cuatro años desde el momento que tuvo conocimiento de los límites públicos que afectan al dominio.

[52] Cfr. DE VERDA BEAMONTE, J. R. (1998). Compraventa de bienes inmuebles sujetos a vínculos urbanísticos. *Revista de Derecho patrimonial*, núm. 1, p. 267. Sobre este particular, cfr. también las SSTS de 16 de mayo de 2005 [*RJ* 6374], 21 de diciembre de 2012 [*RJ* 2013, 1254] y 2 de junio de 2015 [*RJ* 3158]. La STS de 20 de noviembre de 2012 [*RJ* 2013, 905] rechazó la aplicación de la doctrina *aliud pro alio* aunque estimó el recurso de casación por imposibilidad sobrevenida que lleva «a la resolución del contrato o, más propiamente, a la extinción de las obligaciones».

[53] En un sentido parecido, cfr. CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, p. 319 y ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2013). Remedio anulatorio y remedios específicos del régimen

de la compraventa. En: Á. Carrasco Perera (dir.), *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, tomo I. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, p. 357. Precisamente por ello la STS de 5 de octubre de 2006 [*RJ* 8702] rechazó tanto el error como la resolución porque la modificación urbanística fue posterior a la perfección del contrato, se entregó lo estrictamente comprado y los adquirentes eran expertos en materia de construcción. La STS de 18 de marzo de 1994 [*RJ* 2557] que en un caso de resolución por impago del comprador rechazó que hubiera aplicación indebida de los artículos 1124 y 1504 del Código Civil por incumplimiento previo del vendedor porque «las partes vendedora y compradora en el contrato (…) conocían al celebrarlo la indicada limitación de edificabilidad». La STS 11 de febrero de 2016 [*RJ* 236] rechazó conjuntamente la anulabilidad por error y la resolución por incumplimiento porque el adquirente conocía la situación urbanística y asumió el riesgo de su futura edificabilidad. La STS de 18 de febrero de 1994 [*RJ* 1096] confirmó el parecer de la Audiencia que admitió el error en el consentimiento pues lo entregado no era el «local comercial» pactado. No obstante, apuntó que «dado el carácter esencial de esta cualidad (…) podía ser calificado de incumplimiento, y motivar, en su caso, la resolución del artículo 1124».

[54] Algo parecido se podría decir de la absorción parcial del saneamiento por vicios ocultos por el régimen de la resolución *aliud pro alio* —cuando se trata de defectos graves— dada la amplia interpretación que los Tribunales realizan del artículo 1124 del Código Civil. Cfr. TUR FAÚNDEZ, M.ª N. (2013). Vicios ocultos y «aliud pro alio»: estado de la jurisprudencia. En: Á. Carrasco Perera (dir.), *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, tomo II. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, p. 1410 y RODRÍGUEZ ROSADO, B. (2013). *Resolución y sinalagma contractual*. Madrid: Marcial Pons, pp. 178-179.

[55] Para prevenir estas situaciones los artículos 8 del Real Decreto 9/2005, de 14 de enero y 33.2 de la Ley 22/2011, de 28 de julio imponen a los propietarios de las fincas en las que se haya realizado alguna actividad potencialmente contaminante la obligación de declararlo en escritura pública cuando haya una transmisión para que así se haga constar en el Registro de la Propiedad.

[56] En torno a estas cuestiones, cfr. SÁNCHEZ JORDÁN, M.ª E. (2013). Disciplina urbanística y el Registro de la Propiedad (a propósito de la reforma del artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Suelo). En: M.ª E. Sánchez Jordán (dir.), *El impacto de las nuevas tecnologías en la publicidad registral*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, pp. 443-470 y RUIZ ARNÁIZ, G. (2013). Los terceros de buena fe en la ejecución de sentencias (a propósito de la STS de 16 de abril de 2013). *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 29, pp. 26-27. ARNÁIZ EGUREN, R. ([2014]. *El hecho urbanístico y su tratamiento en el Derecho positivo*. Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters, p. 111) manifiesta que la Ley de Suelo «introduce un régimen de obligatoriedad expresa en la ordenación de la práctica de anotación preventiva por incoación de los expedientes de disciplina a que hace referencia el apartado 1.c) del artículo 51».

[57] Cuestión distinta y en la que no procede entrar en este trabajo es que no habrá responsabilidad de la Administración si la anotación marginal no se ha practicado por un motivo imputable al registrador o si la finca no está inmatriculada. Se podría reflexionar si la Administración está legitimada para iniciar el procedimiento del artículo 203.II LH —heredero del antiguo artículo 312 RH— que regula el expediente inmatriculatorio a instancias del titular de un derecho sobre cosa ajena.

[58] Sobre la indemnización por anulación de títulos habilitantes de obras y actividades, cfr. LLEAL GRAU, M. (2013). *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública urbanística*. Girona: Universitat de Girona, pp. 267-345. Documento electrónico: http://hdl.handle.net/10803/277011.

[59] Cfr. GONZÁLEZ BOTIJA, F., RUIZ LÓPEZ, M. Á. (2015). La ejecución de sentencias de derribo y los terceros de buena fe (a propósito del nuevo artículo 108.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 35, pp. 23-45. Las SSTSJ de Galicia, de 29 de octubre de 2015 [*JUR* 297975] y 21 de abril de 2016 [*JUR* 113118] y de Madrid, de 20 de abril de 2016 [*JUR* 161740] son las

primeras en aludir, aunque de manera tangencial, a este precepto. En la primera el recurrente no reunía la condición de tercero de buena fe porque era el titular de la licencia municipal en su día anulada. La segunda obedece a una cuestión de competencia procesal para determinar a quién le corresponde dictar el auto de suspensión de la ejecución de la sentencia. En la tercera el precepto procesal no puede ser de aplicación dada su irretroactividad y, además, el recurrente no era un tercero.

[60] Asimismo cabe citar la Ley 8/2012, de vivienda de Galicia, cuya disposición adicional sexta establecía que no podría ejecutarse la demolición ordenada por sentencia mientras no se determinara la indemnización al titular. Cfr. BELTRÁN AGUIRRE, Edificaciones ilegales: los recientes límites introducidos por el legislador urbanístico al deber de demolición, p. 53.

[61] En concreto, para el Tribunal Constitucional se introduce «un trámite (el de la determinación de la eventual responsabilidad patrimonial en que pudiera haber incurrido la Administración urbanística) ajeno a la propia ejecución de la Sentencia y que tiene el efecto de paralizar la misma (…) [que] no tiene cobertura competencial en los títulos aducidos por los órganos de la Comunidad Autónoma, de modo que se invade la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal prevista en el artículo 149.1.6.ª CE». Cfr. MARTÍN REBOLLO, L. (2013). Ejecución de sentencias de derribo y técnicas obstruccionistas (A propósito de la STC 92/2013, de 22 de abril). *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 28, pp. 19-40 y ENÉRIZ OLAECHEA, F. J. (2013). Un comentario a la Sentencia 92/2013, de 22 de abril, del Tribunal Constitucional, sobre la suspensión, acordada por una ley autonómica, de la demolición de edificaciones ilegales. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, pp. 63-73.

En relación a la Ley 8/2012, de vivienda de Galicia, la STC 82/2014, de 28 de mayo [*RTC* 82] declaró inconstitucional y nula parcialmente la disposición adicional sexta por los mismos motivos que la Ley cántabra.

[62] Cfr. MARTÍNEZ ESCRIBANO, Protección del tercero hipotecario frente a la demolición del edificio ilegal, pp. 26-27.

[63] Cfr. GONZÁLEZ BOTIJA, RUIZ LÓPEZ, La ejecución de sentencias de derribo y los terceros de buena fe, pp. 38 y 45. Será decisivo examinar la constitucionalidad de la reforma toda vez que podría suponer una restricción a la tutela judicial efectiva que obstaculiza la ejecución de las sentencias. Este fue, precisamente, uno de los motivos de la cuestión de inconstitucionalidad de la Ley de Cantabria que el Tribunal Constitucional no entró a valorar toda vez que la inconstitucionalidad de la norma era palmaria por la vulneración de la competencia estatal en materia procesal. El Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Santander de 18 de abril de 2016 [*JUR* 155008] rechaza que el artículo 108.3 LJCA sea causa de suspensión de la ejecución sino que, en coherencia con el artículo 24 CE, regula las medidas coercitivas o ejecutivas que se pueden adoptar en el seno de la ejecución. Por ello, requiere al Ayuntamiento «para que, en cumplimiento del artículo 108.3 LJCA, proceda a constituir garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe (…). A tal efecto, si no estuvieran constituidas, deberá iniciar los trámites precisos para ello e informar cada 15 días de los mismos».

[64] Cfr. DE FUENTE SANCHÍZ, N. (1963). En torno al urbanismo. Política del suelo y Registro de la Propiedad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núms. 422-423, pp. 452 y 480; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (1971). Algunas consideraciones en torno al artículo 1483 del Código Civil». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 487, p. 1439; GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. (1974). Actuación pública y actuación privada en el Derecho urbanístico. *Revista española de Derecho administrativo*, núm. 1, pp. 89-90; PAREJO ALFONSO (1979). La ordenación urbanística y el Registro de la Propiedad; un problema de coordinación. *Revista de Administración pública*, núm. 88, p. 251 y PÉREZ GARCÍA, M. J. (2010). El Registro de la Propiedad y el medio ambiente. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 718, pp. 543-546. Esta demanda se ha concretado en el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística y otras normas sectoriales.

[65] No obstante, se debe recordar que el artículo 65.2 TRLSRU impone la obligación de anotar expedientes de disciplina urbanística para evitar que la Administración tenga que hacer frente a la indemnización de terceros de buena fe.

[66] GORDILLO CAÑAS ([2008]. El principio de fe pública registral, p. 1197) es crítico en relación a la incorporación de datos urbanísticos al Registro. Ahora bien, apunta que «las actuaciones urbanísticas de planeamiento y ejecución reclaman —de hecho la ley los impone y cuenta con ellos— medios distintos e instrumentos más apropiados de información pública y conocimiento general» (p. 1199).

[67] Cfr. RODRÍGUEZ PASCUAL, A. F. *et alii* (2006). Utilidad y significado de la Infraestructura de datos espaciales de España. Hermenéutica de la IDEE. En: M. T. Camacho Olmedo, J. A. Cañete Pérez, J. J. Lara Valle (eds.), *El acceso a la información espacial y las nuevas tecnologías geográficas*. Granada: Editorial Universidad de Granada, p. 444.

[68] Cfr. ÁLVAREZ-GAMIO, M.ª V., LÓPEZ-VÁZQUEZ, C., STIEFEL, M. (2012). La autenticidad e integridad de la información geográfica. En: M. A. Bernabé, C. M. López-Vázquez (eds.), *Fundamentos de las Infraestructuras de datos espaciales*. Madrid: UPM Press, p. 206.

[69] El panorama, tal vez, hubiera sido diferente si los datos georreferenciados del Registro de la Propiedad se hubieran incorporado a la infraestructura de datos espaciales como una capa de información más. La ambigüedad de la Directiva en torno a la inclusión de los sistemas registrales no se suplió en la Ley de trasposición. Sobre la inclusión del Registro entre las capas temáticas reconocidas por la Directiva Inspire, cfr. TRUJILLO CABRERA, C. (2011). La Directiva Inspire en España: ¿Registro o Catastro? En: M.ª E. Sánchez Jordán (coord.), *La información territorial en el Registro de la Propiedad: la incidencia de la Directiva Inspire y de las bases gráficas registrales*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, pp. 51-84.

[70] Cfr. VÁZQUEZ ASENJO, Ó. G. (2013). De la información asociada a la inscripción gráfica registral. En: M.ª E. Sánchez Jordán (dir.), *El impacto de las nuevas tecnologías en la publicidad registral*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, p. 72.

[71] Cfr. DE LA PUENTE ALFARO, F. (2014). ¿Hacia un Derecho registral inmobiliario europeo? *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 741, p. 61.

[72] La georreferenciación supone que la información territorial está vinculada a una serie de coordenadas que permiten su localización espacial indubitada y su replicación. Para ello se emplea como sistema geodésico de representación el de la cartografía catastral, que es el ETRS89 y en el caso de Canarias el REGCAN95, empleando en ambos casos la Proyección Universal Transversa de Mercator (UTM).

[73] El artículo 222.8.II LH recoge el deber genérico de los registradores de colaborar con las Administraciones públicas, de este modo se establece un marco que favorece la seguridad jurídica y que se concreta en la posibilidad de que la Administración pueda apoyarse en la función de publicidad registral para dotar de cognoscibilidad a la información territorial.

[74] Cfr. VÁZQUEZ ASENJO, Ó. G. (2010). *Aproximación a los principios gráficos hipotecarios*. Barcelona: Bosch, p. 22.

[75] FANDOS PONS, P. (2009). La ecoetiqueta de la finca registral. *Lunes 4,30*, núm. 467, p. 46.

[76] El artículo 15.1 de la Ley 26/2007 señala que a las autoridades públicas les corresponde la determinación y publicación del coste de la obtención de la información ambiental. Este documento se incluyó, a los efectos de arancel registral, como «Otra certificación» en el apartado 4.1.e) del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los registradores de la propiedad.

[77] Además, dado que la solicitud y recepción de publicidad registral formal se lleva a cabo por medios telemáticos a través de FLOTI, se cumplía en el artículo 6.3 de la Ley 26/2007 según el cual el acceso a la información ambiental debe ser «paulatinamente en bases de datos electrónicas de fácil acceso al público a través de redes públicas de telecomunicaciones».

[78] En torno a esta cuestión versa mi trabajo ARRIETA SEVILLA, L. J. (2013). La calificación registral en el Registro de la Propiedad digital y gráfico. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 740, pp. 3671-3702.

[79] Frente a la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 16 de octubre de 2012 se presentó un recurso de casación que no fue admitido a trámite por el Tribunal Supremo a través de Auto de 10 de septiembre de 2013 *[ATS* 8001/2013] por defectos procesales y falta de interés casacional.

[80] Estas situaciones se han dado al calificar la localización de una finca que se inmatricula (RRDGRN de 5 de agosto de 2014 [*RJ* 4904], 15 de diciembre de 2014 [*RJ* 147] y, en *obiter dictum*, 15 de marzo de 2016 [*RJ* 1349]); la descripción de una finca o excesos de cabida (RRDGRN de 5 de marzo de 2012 [*RJ* 6147], 4 de abril de 2013 [*RJ* 3671], 13 de junio de 2013 [*RJ* 5442] y 16 de mayo de 2014 [*RJ* 3261]) o la inscribibilidad de obras nuevas antiguas (RRDGRN de 4 de junio de 2013 [*RJ* 5175], 11 de junio de 2013 [*RJ* 6113 y 6114], 29 de enero de 2015 [*RJ* 6027], 1 de julio de 2015 [*RJ* 3745] y 19 de febrero de 2016 [*RJ* 2979]).

[81] La Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de noviembre de 2015 resalta que «una vez obtenida la representación (…) el registrador extraerá las coordenadas de los vértices de la finca y le adicionará como metadatos la identificación del asiento de presentación y el código de finca registral, generando un archivo electrónico, también en formato GML, que firmará con su certificado reconocido de firma electrónica». Este archivo se almacenará en los servidores locales del Registro y se remitirá al portal de servicios registrales geográficos del Colegio de Registradores.

Con el objetivo de relacionar el folio registral con la representación geográfica se practicará un asiento indicando la inscripción de la representación geográfica y el código seguro de verificación del archivo que contiene la representación y las coordenadas de los vértices.

[82] Cfr. GARCÍA GARCÍA, J. M. (2016). *La finca registral y el Catastro*. Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters, p. 394.

[83] Cfr. DÍAZ FRAILE, HERRÁNZ DÍAZ, Limitaciones del dominio derivadas de la legislación especial. En particular su régimen de publicidad registral, pp. 81-85.

[84] En este supuesto no se podría aplicar por analogía la STS (Sala Tercera) de 16 de abril de 2013 [*RJ* 5241] relativa a la revitalización frente a tercero de una anotación preventiva cancelada por un acto administrativo posteriormente declarado nulo. La referida sentencia propone la flexibilización del principio de tracto sucesivo y la reducción de la calificación de los documentos judiciales en un caso en el que el titular registral ya no era la persona que figuraba en el expediente disciplinario. En concreto, se señaló que «tratándose de supuestos en los que la inscripción registral viene ordenada por una resolución judicial firme, cuya ejecución se pretende, la decisión acerca del cumplimiento de los requisitos propios de la contradicción procesal, así como de los relativos a la citación o llamada de terceros registrales al procedimiento jurisdiccional en el que se ha dictado la resolución que se ejecuta, ha de corresponder, necesariamente, al ámbito de decisión jurisdiccional. E, igualmente, será suya la decisión sobre el posible conocimiento, por parte de los actuales terceros, de la existencia del procedimiento jurisdiccional en el que se produjo la resolución determinante de la nueva inscripción». La idea de fondo es que la oponibilidad *ex lege* de la realidad urbanística aconseja la interpretación flexible de los principios hipotecarios para favorecer la anotación preventiva con el objetivo de evitar que otro tercero pueda adquirir la finca.

[85] Cfr. RRDGRN de 20 de octubre de 2008 [*RJ* 639] y 1 de abril de 2015 [*RJ* 1600].

[86] MONSERRAT VALERO, *Derecho inmobiliario registral*, p. 333.

[87] GARCÍA GARCÍA, J. M., *La finca registral y el Catastro*, p. 630.

[88] GARCÍA GARCÍA, J. A., El Registro de la Propiedad como instrumento al servicio de la protección de lugares naturales y su proyección sobre la seguridad del tráfico inmobiliario privado. *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, núm. 39, p. 122. En el mismo sentido, FANDOS PONS, P. (2016). La información asociada a la finca registral. *GeoSig Reg2014*, núm. 7, pp. 7-8.

[89] Cfr. VÁZQUEZ ASENJO, De la información asociada a la inscripción gráfica registral, pp. 75-76.

[90] Se trata de una cuestión de gran interés para la defensa de la seguridad jurídica aunque podría llegar a resultar insuficiente si no se fomenta su cumplimiento por parte de los Ayuntamientos.

[91] Cfr. BELTRÁN AGUIRRE, J. L. (2006). Clasificación, categorización y calificación del suelo en la legislación autonómica comparada, *Revista jurídica de Navarra*, núm. 41, pp. 81-112.

[92] Cfr. TRUJILLO CABRERA, C. (2014). *Régimen jurídico de las bases gráficas registrales: identificación georreferenciada de fincas y seguridad jurídica*, Tesis doctoral inédita defendida en la Universidad de La Laguna, pp. 176-180. En contra, DELGADO RAMOS, Las bases gráficas registrales y la interoperatividad geográfica al servicio de la seguridad jurídica, Ponencia presentada en la asamblea general de registradores celebrada en Zaragoza del 16 al 18 de abril de 2013, § 14, citado por GARCÍA GARCÍA, J. M., *La finca registral y el Catastro*, p. 513.

[93] Hubiera sido de interés haber incluido en la Ley de Suelo una reforma del artículo 28.4.a) para impedir las inscripciones de obras nuevas en aquellas situaciones en las que sin anotación preventiva del expediente de disciplina urbanística este consta en la herramienta auxiliar de calificación.

[94] DÍAZ FRAILE, J. M.ª (2015). Exégesis de la Ley 13/2015, de 24 de junio, de reforma de la Ley Hipotecaria, en materia de inscripción de representaciones gráficas. *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 23, p. 904.

[95] De este modo, se evitaría que un tercero adquiera por subasta judicial una finca cuyo dominio esté limitado. Por ejemplo, la STS 24 de marzo de 1993 [*RJ* 3306] estimó el recurso de casación por aplicación indebida del artículo 62 de la Ley de Suelo de 1976 (antecedente del actual 27.3 TRLSRU), ya que no es de aplicación en ventas judiciales. En el caso se subastó un solar que en el plan general de ordenación urbana aparecía destinado a servicios públicos y no era edificable.

[96] Así ocurrió en la STS de 12 de enero de 2015 [*RJ* 185] que estimó el recurso de casación y admitió la protección del tercero hipotecario. El caso se centró en la determinación de la naturaleza jurídica de la finca adquirida por el tercero, ya que había sido expropiada en 1955 para quedar afecta al servicio público ferroviario con la consiguiente condición de bien demanial y, por tanto, imprescriptible e inalienable. Sin embargo, no se dejó constancia registral de la expropiación de la finca que en 1993 fue hipotecada y en 1996 adjudicada judicialmente a un tercero que inscribió. El Tribunal Supremo estimó que la vía férrea construida sobre el terreno expropiado «dejó de funcionar en 1983, por lo que desde esa fecha los terrenos dejaron de ser bienes de naturaleza demanial para pasar a ser bienes de naturaleza patrimonial de Renfe. Se habría producido, por tanto, una desafectación tácita. Por ello, cuando la parte demandada adquirió los terrenos en virtud de la cesión de remate en el año 1996, los mismos no tenían naturaleza de bienes de dominio público, y eran susceptibles de transmisión».

A la defensa por parte del registrador del dominio público no inmatriculado con base en la Ley 13/2015 se alude en las RRDGRN de 12 de abril de 2016 [*RJ* 3965] y 19 de julio de 2016 [*RJ* 4116].

[97] En otras ocasiones los ponentes llevaron a cabo una exposición sobre la organización interna y el papel que desempeña la REPER en Bruselas, sobre el papel de España en la Unión y atendieron a las preguntas de los asistentes.

[99] En torno a la extensión y definición del patrimonio natural que queda incluido en el sistema de protección previsto en el artículo 53 LPNB, cfr. GARCÍA GARCÍA, J. A. El Registro de la Propiedad como instrumento al servicio de la protección de lugares naturales y su proyección sobre la seguridad del tráfico inmobiliario privado, pp. 108-110.

[99] La RDGRN de 19 de febrero de 2016 [*RJ* 2979] que confirma la suspensión de la inscripción de una escritura de adjudicación de herencia por colindancia con la carretera señala que «se trata de afecciones cuyo reflejo registral prevé hoy la actual norma estatal de carreteras —artículo 29.11— como información territorial asociada y con efectos meramente informativos, para que pueda conocerse que dicha colindancia impone limitaciones a las

facultades inherentes al derecho de propiedad y también la propia Ley Hipotecaria tras la redacción dada por Ley 13/2015, artículo 9.b), al regular el sistema informático que permita relacionar la descripción del folio real con las diferentes limitaciones o afecciones administrativas, como elemento auxiliar de calificación, cuya aplicación y efectividad dependerá del nivel de precisión y actualización de tal información georreferenciada».

[100] Cfr. GARCÍA GARCÍA, J. M., *La finca registral y el Catastro*, p. 633 y GARCÍA GARCÍA, J. A. El Registro de la Propiedad como instrumento al servicio de la protección de lugares naturales y su proyección sobre la seguridad del tráfico inmobiliario privado, pp. 117. Sobre este particular insiste la RDGRN de 23 de agosto de 2016 [*JUR* 197779] al concluir que «el eje fundamental sobre el que gira la tutela del dominio público marítimo-terrestre en esta regulación es la incorporación al Sistema Informático Registral de la representación gráfica georreferenciada en la cartografía catastral, tanto de la línea de dominio público marítimo-terrestre, como de las servidumbres de tránsito y protección, que ha de trasladar en soporte electrónico la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar a la Dirección General de los Registros y del Notariado». En el mismo sentido, RDGRN de 14 de septiembre de 2016 [*JUR* 208854].

(Trabajo recibido el 17-10-2016 y aceptado para su publicación el 14-11-2016)

Principales consideraciones sobre el depósito en garantía (ley 474 del Fuero Nuevo)

Main issues about the deposit in guarantee (law 474 Fuero Nuevo)

por

LEYRE ELIZARI URTASUN
Doctora en Derecho. Abogada
Profesora Asociada Derecho Civil UPNA

RESUMEN: el presente trabajo sintetiza las principales cuestiones en torno a la ley 474 del Fuero Nuevo, que bajo la denominación «depósito en garantía», contempla la entrega de dinero o bienes fungibles, al acreedor o a un tercero, con finalidad de garantía. Además de establecer cuáles son los elementos que lo definen, y que permiten diferenciarlo de figuras muy próximas como la prenda de créditos, resulta fundamental distinguir entre el depósito en garantía en manos del acreedor y en manos de tercero, pues se concluye que ostentan diferente naturaleza. Ello tiene importantes consecuencias, principalmente en cuanto a la defensa del acreedor garantizado frente a otros acreedores del deudor, así como en caso de concurso del depositario en garantía.

ABSTRACT: this paper summarises the main issues about law 474 of the Fuero Nuevo, which under the name «deposit in guarantee», regulates the delivery of money or fungible goods, to the creditor or to a third party, as a guarantee. Besides establishing which are the elements that define it, and distinguish it from very similar figures such as the pledge on credits, it is fundamental

to differentiate between the deposit in a creditor's hands and the deposit in a third party's hands, because their nature is different. This has important consequences, primarily in defence of the guaranteed creditor as opposed to other debtor's creditors, and in the case of bankruptcy of the depository in guarantee.

PALABRAS CLAVE: Garantía. Dinero. Prenda irregular. Depósito. Garantía real. Fiducia en garantía. Prenda de créditos.

KEY WORDS: Security. Money. Irregular pledge. Deposit. Collateral. Fiducia cum creditore. Pledge on credits.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ELEMENTOS CARACTERIZADORES DEL DEPÓSITO EN GARANTÍA (LEY 474 FN) Y SU REFLEJO EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES—III. EL DEPÓSITO EN GARANTÍA COMO GARANTÍA REAL.—IV. EL DEPÓSITO EN GARANTÍA EN MANOS DEL ACREEDOR (LEY 474.I FN): 1. Coincidencia entre depósito en garantía en manos del acreedor y prenda irregular. 2. Distinción entre depósito en garantía en manos del acreedor y prenda de créditos. 3. Distinción con la fiducia en garantía. 4. Régimen jurídico del depósito en garantía en manos del acreedor (ley 474.I fn): *A) Fuentes, caracteres y régimen aplicable. B) Elementos del depósito en garantía: sujetos y objeto. C) Obligaciones derivadas del contrato. D) Depósito en garantía en manos del acreedor y terceros acreedores. E) Extinción del depósito en garantía.*—V. EL DEPÓSITO EN GARANTÍA EN MANOS DE TERCERO (LEY 474.II FN): 1. Distinción de figuras afines. 2. Principales cuestiones de régimen jurídico: *A) Particularidades en cuanto a sus elementos: el depositario en garantía. B) La obligación de entrega del depositario en garantía. C) Vicisitudes del depósito en garantía en manos de tercero.*—VI. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 474 DE LA COMPILACIÓN.—VII. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La utilización del dinero (u otros bienes fungibles, aunque con menor frecuencia) como objeto de garantía es una práctica negocial innegable, que fue prevista por algunos Códigos Civiles modernos, entre ellos la Compilación navarra, mientras que otros la han incorporado en sus recientes reformas del Derecho de garantías[1]. El Código Civil no contiene una figura equivalente al depósito en garantía de la ley 474 del Fuero Nuevo, pero otras normas sectoriales sí prevén la entrega de dinero con finalidad de garantía de una obliga-

ción[2]. Hay que tener presente, además, que en virtud de la trasposición de la Directiva 2002/47 del Parlamento Europeo y del Consejo, en todos los Estados miembros de la Unión Europea se prevé una garantía financiera cuyo objeto es dinero, depositado en cuenta[3]. Ante estas circunstancias, puede afirmarse que el legislador navarro se adelantó al Derecho común. Pero, además, es peculiaridad de la norma navarra el haber previsto, en una misma disposición, tanto la entrega de dinero al acreedor como a un tercero, lo que lo diferencia del resto de países del entorno que regulan la prenda irregular o caución dineraria, y hace surgir la incertidumbre sobre la naturaleza del depósito en garantía en manos de tercero (ley 474.II FN).

El desconocimiento de la ley 474 de la Compilación por los operadores jurídicos y las dudas doctrinales sobre su naturaleza, a las que contribuye la falta de distinción entre el primer y el segundo párrafo de la citada ley, no favorecen, desde luego, su utilización práctica. En consecuencia, ante situaciones en las que concurren las circunstancias para celebrar un depósito en garantía, o bien no se toma como referencia la citada ley, o, lo que es más grave, las partes acuden a otro tipo de garantías importadas del Derecho común, principalmente prendas sobre créditos nacidos de depósitos bancarios. El presente trabajo pretende analizar o esclarecer las principales cuestiones que plantea el depósito en garantía, desde el punto de vista de su utilización práctica[4].

II. ELEMENTOS CARACTERIZADORES DEL DEPÓSITO EN GARANTÍA (LEY 474 FN) Y SU REFLEJO EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

El depósito en garantía es una figura moderna que no procede del Derecho histórico navarro[5], sino que apareció por primera vez en la ley 486 de la Recopilación Privada, con una redacción prácticamente idéntica a la actual, por lo que hay que partir del atento examen de la ley 474 del Fuero Nuevo para hallar los elementos que definen la existencia de un depósito en garantía.

Lo primero que llama la atención es que, a pesar de su denominación, el depósito en garantía no está situado en sede de contratos de custodia (Libro III, Título XII), sino de garantías reales, a las que la Compilación dedica el Título VII del Libro III. La finalidad del negocio, asimismo, está recogida en el comienzo mismo de la ley, estableciéndose sin género de dudas cuál es la pretensión de las partes al celebrar un depósito en garantía: «*Para garantía del cumplimiento de una obligación puede constituirse a favor del acreedor un depósito…*».

En una primera aproximación, puede entenderse por garantía en sentido muy amplio, todo aquel mecanismo que tienda a proteger al acreedor, como la responsabilidad patrimonial del deudor (art. 1911 del Código Civil). Sin embargo, en un sentido más restringido, se consideran garantías todos aquellos medios dirigidos

a reforzar la posición ordinaria del acreedor, otorgándole una seguridad mayor a la que le brinda dicha responsabilidad patrimonial universal, de la que gozan todos los acreedores, lo cual se consigue bien afectando un nuevo patrimonio al poder de agresión del acreedor (garantías personales), bien vinculando una cosa concreta y determinada a la satisfacción de la obligación principal (garantías reales) (AMORÓS GUARDIOLA, 1972, 567-569; FERRANDIS VILELLA, 1960, 50). De forma todavía más restrictiva, LACRUZ (1981, 723) apunta a que existen remedios para reforzar la posición del acreedor, algunos de los cuales van dirigidos a remover los obstáculos que pueden surgir para la realización del derecho subjetivo, o a facilitarla, pero obteniéndose esta con medios intrínsecos al derecho subjetivo inicial del acreedor (ejemplo de este tipo de mecanismos son la acción revocatoria o la solidaridad). En cambio, continua el autor, otros remedios son «*idóneos por sí mismos para alcanzar la satisfacción del crédito, independientemente de los medios intrínsecos al derecho inicial del acreedor*» (por ejemplo, la prenda o la hipoteca) y son estos contratos los que se consideran como contratos típicos de garantía, o de garantía en sentido estricto.

La ley 474 hace alusión expresa a la finalidad de garantía, y su funcionamiento corrobora que, tanto en su primer como en su segundo párrafo, el depósito en garantía logra efectivamente reforzar la seguridad del acreedor[6]. Cuando el depositario en garantía es el acreedor (ley 474.I FN), con la entrega del dinero este adquiere un derecho subjetivo, el derecho de propiedad sobre las cosas entregadas, diferente a su derecho subjetivo inicial, que le permite satisfacer su crédito: solo deberá restituir el *tantundem* si el deudor de la obligación principal cumple, pues en caso contrario, podrá compensar el valor del dinero o los bienes entregados con el importe de la obligación incumplida («*…con obligación de restituirlas al depositante, si procediere…*»). Por su parte, en el depósito en garantía en manos de tercero (ley 474.II FN), el acreedor ve reforzada su posición respecto a los acreedores ordinarios pues el dinero o los bienes han pasado al patrimonio de un tercero, más fiable y solvente que el deudor original, al que el acreedor podrá reclamar el *tantundem* en caso de incumplimiento de la obligación principal, constituyendo por ello también un contrato de garantía.

Se aprecia, por otro lado, que el depósito en garantía ostenta carácter accesorio respecto a la obligación principal, lo cual es propio de las garantías, pues el cumplimiento o no de aquella (así como otro tipo de vicisitudes que le pudieran afectar) es lo que determina si el acreedor-depositario en garantía ha de restituir o no al depositante, o a quién se ha de restituir, en caso de que el dinero se hubiera entregado a un depositario en garantía distinto del acreedor («*…quedará obligado a entregarlo al acreedor o a restituirlo al depositante, según corresponda conforme a lo pactado*»).

Además de su función asegurativa, de la propia disposición se desprende que el depósito en garantía transmite la propiedad de los bienes entregados al

depositario en garantía, y que su objeto está constituido siempre por dinero o bienes fungibles[7]. El segundo párrafo de la ley, no obstante, no hace referencia expresa a la adquisición de la propiedad por parte del depositario en garantía, pudiendo plantearse, de su lectura aislada, que este tercero en realidad no adquiera la propiedad de los bienes recibidos[8]. Ello requeriría que el depositario recibiera los bienes fungibles de forma individualizada, pero la ley en estudio en ningún momento alude a un proceso de especificación de los bienes[9]. Además, el Fuero Nuevo alude al depósito en garantía como una figura unitaria, única (en la ley 463 FN, en el título del Capítulo III, en el propio ladillo de la ley 474), que presenta una variante en cuanto al sujeto que puede ser el depositario (el acreedor o un tercero), no como dos figuras, una con efecto traslativo de la propiedad y la otra carente de él. Este tratamiento unitario explica que el segundo párrafo de la norma se limite a describir la diferente obligación de entrega que asume en este caso el depositario en garantía, sin reiteración del resto de elementos que conforman dicho depósito. El origen común de ambos párrafos, y el hecho de que comparten casi todos sus elementos (objeto, causa de garantía, accesoriedad, etc.) apoyan que el depósito en garantía produzca efecto traslativo de la propiedad también cuando se constituye en poder de un tercero.

Como último elemento deducible de la disposición legal, el depósito en garantía constituye un contrato real, que requiere la entrega de su objeto para que nazca la garantía. Esta entrega física, no obstante, podría sustituirse por otras formas ficticias de *traditio*[10]. Especialmente frecuente es que en los contratos de obra se pacte que el dueño de la obra retenga un porcentaje de los pagos parciales o de las certificaciones de obra acordadas con el constructor, en garantía de la correcta finalización de los trabajos. En este caso, la entrega física del dinero por parte del deudor al acreedor se ve sustituida por la retención del mismo por parte de este, pero ello no obsta a la constitución de un depósito en garantía en manos del acreedor, encuadrable en el ámbito de la ley 474.I del Fuero Nuevo[11].

De lo ya expuesto se deduce que el depósito en garantía no constituye una modalidad de contrato de depósito. Aun así, conviene abordar la cuestión, al menos brevemente, habida cuenta de que algunos autores han identificado un depósito en la figura que se examina[12], y de que es visible la gran proximidad del depósito en garantía con algunos negocios, como el analizado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 4 de diciembre de 2008 *(AC* 2009, 878), a la que se aludirá en breve, y con otros que en Italia y Portugal se consideran como «depósitos con función de garantía»[13].

En efecto, el depósito en garantía (ley 474 FN) comparte con el depósito irregular (ley 554 FN), además del nombre, la naturaleza fungible de los bienes sobre los que recae y su efecto transmisivo de la propiedad. Sin embargo, en el Fuero Nuevo para que exista un depósito irregular es necesario que el depositante haya concedido al depositario facultades de disposición (ley 554 FN),

mientras que en el depósito en garantía no resulta necesaria tal concesión, siendo suficiente la entrega del dinero o bienes fungibles. Pero, sobre todo, depósito irregular y depósito en garantía desempeñan una función económico-social muy distinta. En el primero, el depositante pretende que otra persona realice por él la guarda del dinero o bienes fungibles entregados[14]. El depositario asumirá así los riesgos de la custodia del dinero (robo, pérdida, etc.) y asegurará su restitución al depositante. En el depósito en garantía (ley 474 FN), en cambio, la intención del depositante-deudor al entregar el dinero al depositario-acreedor es garantizar que cumplirá la obligación principal que le vincula con él. En ningún caso se pretende, cuando se constituye un depósito en garantía, que el depositario-acreedor guarde el dinero del deudor para que este lo tenga más seguro y a su disposición en cualquier momento[15].

La diferente finalidad de ambos negocios hace aflorar otras diferencias entre depósito en garantía y depósito irregular. El primero se celebra en interés del depositario en garantía, mientras que el depósito irregular se celebra siempre en interés del depositante (OZCÁRIZ MARCO, 1997, 115). La obligación de restitución del dinero o bienes fungibles también se configura de manera muy distinta en ambos negocios. En el depósito irregular siempre se procede a la restitución al depositante, a requerimiento de este y en el momento en que más le convenga, pues el contrato se celebra en su interés[16]. Por el contrario, en el depósito en garantía en manos del acreedor la obligación de restitución del depositario es meramente eventual pues está supeditada al cumplimiento de la obligación principal. Cuando el depositario en garantía sea un tercero, su obligación de restitución es cierta pero con sujeto alternativamente determinado, en función del cumplimiento o no de la obligación que se asegura. Por último, el momento de la restitución en el depósito en garantía vendrá determinado por el vencimiento (y cumplimiento) de la obligación principal, o por su extinción por otra causa con anterioridad a su vencimiento, nunca por conveniencia del deudor-depositante. Como se aprecia, el depósito en garantía en manos del acreedor se caracteriza por su accesoriedad respecto a la obligación principal, que supone que el devenir de esta afecte a la subsistencia de la garantía, accesoriedad inexistente en un depósito irregular.

Por todo lo anterior, el depósito en garantía no puede considerarse un contrato de depósito, ni produce por tanto los efectos propios de tal contrato.

Analizada la configuración del depósito en garantía, lo cierto es que los tribunales navarros se han referido expresamente a la ley 474 únicamente en dos supuestos. En el primero de ellos, la Audiencia Provincial de Navarra, en su Auto de 7 de mayo de 1999 *(AC* 1999, 1073), se pronunció sobre la petición de embargo de lo que califica como depósito en garantía, en un incidente dentro de la quiebra del deudor. La mercantil Riberco S.L. había constituido una imposición a plazo fijo en el Banco Central Hispano, el 29 de marzo de 1996, que fue pignorada en póliza intervenida por corredor de comercio en

esa misma fecha a favor del mismo Banco. La mercantil entró en quiebra aproximadamente un año después y el Juzgado de Primera Instancia requirió al Banco Central Hispano para que aportara la cantidad depositada a la masa de la quiebra, a lo que el Banco se negó, ordenándose por el Juzgado el embargo de la imposición. Sin entrar todavía en la naturaleza o efectos de este negocio (se abordará al examinar la distinción entre depósito en garantía y prenda de créditos), el contrato puede calificarse como depósito en garantía, tal y como entendió la Audiencia Provincial, pues responde a una finalidad aseguradora de una obligación principal, se entrega al acreedor una cantidad de dinero (en este caso instrumentalizada como imposición a plazo fijo), y el plazo de restitución del depósito queda vinculado al vencimiento de la obligación principal.

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 4 de diciembre de 2008 *(AC* 2009, 878) entendió existente un depósito en garantía, en un supuesto en el que el constituyente no era el deudor sino un tercero. En el caso enjuiciado por esta sentencia, la mercantil Saizar S.A.L. había resultado beneficiaria de una ayuda del Gobierno de Navarra, concedida en forma de anticipo reintegrable, al amparo de la Ley Foral 3/2000 de 22 de junio, de ayudas de salvamento y reestructuración de empresas en crisis en Navarra. El abono de parte de este anticipo, en concreto la suma de 240.404,84 euros, se realizó en una cuenta de la empresa abierta para este fin en Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra (en adelante, Caja de Ahorros de Navarra), bloqueada, y en la que únicamente podía realizar movimientos dicha entidad. El acuerdo administrativo que concretó la forma de las ayudas estableció que dicha cantidad debía destinarse exclusivamente a la línea de descuento y anticipo de facturas concedidas por Caja de Ahorros de Navarra a Saizar S.A.L., y se preveía que el anticipo se declarara vencido si la mercantil solicitaba la suspensión de pagos o quiebra, cosa que efectivamente ocurrió. En ese momento el Gobierno de Navarra dictó resolución declarando vencido el anticipo y solicitando el reintegro de los depósitos establecidos para garantizar las líneas de descuento ante lo cual Caja de Ahorros de Navarra presentó la liquidación de dicha cuenta y reintegró al Gobierno de Navarra la cantidad de 15.008,53 euros de los 240.404,84 euros inicialmente depositados. La entidad crediticia había utilizado el dinero, según la liquidación presentada, para operaciones que no eran ni la relativa a la línea de descuento ni a la del anticipo de facturas, por lo que el Gobierno de Navarra presentó demanda contra la Caja de Ahorros reclamando la restitución del total del anticipo.

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por falta de legitimación pasiva de la Caja de Ahorros, entendiendo que no existía relación jurídica alguna entre el Gobierno de Navarra y la citada Caja. Por ello la Audiencia Provincial, al conocer el recurso de apelación interpuesto contra dicha sentencia, debió pronunciarse preliminarmente sobre la legitimación pasiva de la demandada, y lo hizo calificando la relación existente entre las partes

como depósito en garantía (ley 474 FN). Consideró que la entidad crediticia había otorgado su consentimiento al depósito en garantía de forma tácita, porque conocía la realidad financiera de Saizar S.A.L., conocía los términos del acuerdo administrativo por el que se concedían las ayudas a esta empresa, que la cuenta bancaria a pesar de estar abierta a nombre de la empresa estaba bloqueada y solo la Caja podía realizar movimientos, y que sabía que solo podía destinar los fondos a hacer frente a las facturas que había previamente anticipado a la empresa y que habían resultado impagadas, o para hacer frente a los créditos que descontó dicha empresa y que no se pudieron cobrar. Una vez acreditado el consentimiento de la Caja, la sentencia plantea la existencia de un depósito en garantía establecido para asegurar una obligación de la deudora Saizar S.A.L. con su acreedora, Caja de Ahorros de Navarra, siendo el constituyente de la garantía un tercero, el Gobierno de Navarra[17], calificación que plantea algunas cuestiones.

En primer lugar, se trataría en todo caso de un depósito en garantía de origen legal (lo cual es admitido por la ley 465 FN), surgido al amparo de lo dispuesto en Ley Foral 3/2000, para las empresas que reunieran los requisitos que allí se detallan y con los objetivos previstos en ella, por lo que no surge del acuerdo de voluntades entre constituyente y acreedor (aun así, la Caja conocía efectivamente sus términos, como acertadamente razona la Audiencia Provincial). En segundo lugar, para que exista un depósito en garantía es necesario que el depósito de dinero responda a una finalidad de garantía de una obligación, de forma que el cumplimiento o incumplimiento de dicha obligación por el deudor determina que el depositario en garantía haya de devolver el *tantundem* de lo depositado, o pueda imputarlo al cumplimiento de la obligación incumplida. Aplicado a este supuesto, no existía una verdadera obligación garantizada por el depósito efectuado por el constituyente, ni el negocio obedece a una causa de garantía. Realmente el dinero depositado por el Gobierno de Navarra no tenía como finalidad la de garantizar las facturas impagadas y la línea de descuento entre acreedor y deudor, sino precisamente servir de pago de las mismas. El Gobierno de Navarra concedió un préstamo a la mercantil deudora con una finalidad específica, la de afrontar deudas concretas con varios acreedores a cuyo pago debía dedicarse el dinero prestado. El objetivo de este préstamo no era el reforzamiento de la seguridad de estos acreedores, es decir, una causa de garantía, sino el intento de reflotar una empresa en graves dificultades económicas, que con certeza no iba a cumplir con sus obligaciones. Ello explica que la declaración en concurso de la mercantil se consignara como causa de vencimiento del préstamo, con obligación de reintegro de las cantidades, pues ello implicaba la no consecución de tal objetivo declarado. Si estuviéramos ante un depósito en garantía, las causas de extinción de dicho depósito debieran estar relacionadas con la extinción de la deuda garantizada.

En esa línea, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 23 de junio de 2009 *(RJ* 2009, 5543) descarta, primeramente, que la relación entre Caja de Ahorros de Navarra y el Gobierno de Navarra fuera un contrato de depósito en garantía[18], y centra su esfuerzo argumentativo en la especial finalidad del depósito y en el perfecto conocimiento que tenía Caja de Ahorros de Navarra del destino que debía dar a los fondos, hasta el punto de concluir que Caja de Ahorros de Navarra no era un tercero ajeno a la relación de préstamo entre Saizar S.A.L. y el Gobierno de Navarra, sino que desde el principio había asumido el «*carácter peculiar del depósito y sus circunstancias de ayuda en crisis empresarial*». Así pues, y aunque el resultado final del litigio concreto fuera el mismo, pues tanto si se calificaba como depósito en garantía como si se hacía como depósito con una finalidad determinada, la entidad crediticia estaba obligada a destinar los fondos exclusivamente a la finalidad, no ya pactada sino prevista legalmente, el supuesto no es calificable como un depósito en garantía (ley 474 del Fuero Nuevo).

III. EL DEPÓSITO EN GARANTÍA COMO GARANTÍA REAL

En el punto anterior se ha considerado que tanto el depósito en garantía en manos del acreedor (ley 474.I FN) como en manos de tercero (ley 474.II FN) constituyen contratos de garantía. Sin embargo, se observa que en caso de incumplimiento de la obligación principal, el acreedor no queda protegido de idéntica forma, pues mientras en el primer caso puede imputar directamente el valor del dinero recibido a la satisfacción de la obligación principal, en el segundo debe reclamar al tercero que le entregue el *tantundem*. Esta diferencia siembra la duda sobre si en realidad la ley 474 contiene una única figura de garantía, o si se trata más bien de dos figuras de distinta naturaleza, y para esclarecerlo debe analizarse con mayor atención la inclusión de la ley 474 entre las garantías reales del Título VII, Libro III de la Compilación.

La ley 463, bajo el ladillo «garantías» establece, con carácter general, que el cumplimiento de una obligación o los efectos de su incumplimiento, pueden asegurarse «*con fiducia, arras, prenda, hipoteca, anticresis, derecho de retención, depósito de garantía, pacto de retracto, reserva de dominio, condición resolutoria, prohibición de disponer u otras cualesquiera formas de garantía real o personal*». La mayoría de los autores critica esta disposición por la alusión a la fianza y otras formas de garantía personal (GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, 2002, 29; SABATER BAYLE, 2006, 401-402)[19], y algunos añaden que la enumeración de hasta once figuras de garantía, algunas de las cuales constituyen derechos reales de garantía y otros no, produce desconcierto y dificultades a la hora de analizar la naturaleza de cada una de ellas y de establecer su régimen jurídico (EGUSQUIZA BALMASEDA, 2000, 4189. SABATER BAYLE, 2006,

401). Puede compartirse, efectivamente, la primera de estas críticas. Sin embargo, frente a las dudas sobre el contenido del Título, SANCHO REBULLIDA (1974, 78-79) entendió que en la regulación de las garantías reales «*aparecen perfectamente diferenciables los derechos reales y los pactos con trascendencia real que significan una limitación o una carga del dominio, pero sin que por ello lleguen a atribuir al favorecido un derecho subjetivo de carácter verdaderamente real: fiducia, condiciones resolutorias, arras, pacto comisorio, condiciones revocatorias, retracto en función de garantía, retención, depósito, prohibiciones de disponer, etc. La manifestación que en este campo tiene la autonomía de la voluntad no afecta, propiamente, al sistema de la tipicidad de los derechos reales*». Se reconoce así que la categoría de garantía real alberga tanto los derechos reales de garantía como otras figuras con trascendencia real, pero que no comparten la estructura de aquellos, de forma que afectan un bien concreto al cumplimiento de una obligación, pero no confieren al acreedor un derecho de preferencia o un derecho de realización sobre el bien (OZCÁRIZ MARCO, 2002, 1558-1559; SABATER BAYLE, 2006, 400-401). Estas figuras ostentan eficacia real, puesto que son oponibles *erga omnes*, pero emplean mecanismos propios: las garantías que utilizan el dominio tienen eficacia real precisamente porque el derecho de propiedad posee esa eficacia (la fiducia en garantía, por ejemplo), y las que utilizan la posesión (como el derecho de retención) se sirven de este derecho real limitado (FERRANDIS VILELLA, 60-62). El Tribunal Superior de Justicia de Navarra en su Sentencia de 26 de octubre de 1999 *(RJ* 1999, 9743) ha reconocido la importancia y autonomía del concepto de garantía real y ha establecido que todas las figuras comprendidas en él tienen en común la causa de garantía.

Si se tiene en cuenta la anterior noción de garantía real, se constata que el depósito en garantía en manos del acreedor (ley 474.I FN), afecta efectivamente un bien concreto, en este caso dinero o bienes fungibles, al cumplimiento de una obligación, consiguiendo su efecto real gracias a la transmisión del derecho de propiedad al acreedor. Durante la fase de seguridad del depósito en garantía, el dinero ha sido transferido al patrimonio del acreedor-depositario en garantía, por lo que no puede ser atacado por otros eventuales acreedores del deudor. Y producido el incumplimiento de la obligación principal, el depositario en garantía simplemente destina el valor del dinero entregado a la satisfacción de la obligación principal, con exclusión del resto de acreedores. El depositario en garantía goza de exclusividad sobre el dinero o los bienes fungibles, sin necesidad de que le sea reconocido un privilegio (CRUZ MORENO, 1955, 255). Tanto el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 7 de mayo de 1999 como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 4 de diciembre de 2008, han afirmado que el depósito en garantía, previsto en la ley 474 de la Compilación, constituye una garantía real, válida y perfectamente admisible en el ordenamiento navarro[20].

Mayores dudas suscita, en cambio, la cuestión de si el depósito en garantía en manos de tercero (ley 474.II FN) también constituye una garantía real[21]. Obsérvese que cuando se entrega el dinero a un tercero, depositario en garantía, este adquiere su propiedad, pasa a integrarse en su patrimonio. Si un acreedor, en este caso del depositario en garantía, solicita el embargo del dinero o las cosas fungibles entregadas a este, el acreedor no dispone de ningún mecanismo para impedirlo pues la tercería de mejor derecho (art. 614 LEC) prospera solo cuando existe preferencia legalmente reconocida, y tampoco puede ejercitar una tercería de dominio pues no es propietario. Por otro lado, en caso de insolvencia del depositario en garantía, el acreedor no goza de ningún privilegio, ostentando únicamente un derecho de crédito ordinario frente a aquel. El problema fundamental del depósito en garantía en manos de sujeto distinto al acreedor es, pues, el de su eficacia frente a terceros, en el sentido de que el acreedor no tiene medios para hacer valer su garantía ante la agresión de otros posibles acreedores del depositario y no existe la afectación de la cosa a la satisfacción del crédito propia de las garantías reales. DÍAZ-BRITO (2003, 3695) considera forzoso por ello excluir el carácter de garantía real del depósito en garantía con intervención de tercero.

En este sentido, MARTÍNEZ ROMANO y FUZETA DA PONTE (2006, 57) han denominado garantías aparentes a ciertas figuras, que aparecen principalmente en la práctica bancaria, que tienen una mera eficacia obligacional, y en consecuencia producen efectos solo entre el deudor y el acreedor, por lo que en nada acrecientan la garantía general del acreedor[22]. El depósito en garantía en manos de tercero (ley 474.II FN) podría considerarse asimismo como una garantía aparente, si se tiene en cuenta que no produce efectos frente a terceros. Sin embargo, es importante adoptar el punto de vista del acreedor. Cuando se celebra un depósito en garantía en manos de tercero, lo que adquiere el acreedor es un derecho de crédito, supeditado al incumplimiento de la obligación principal. En caso de producirse el citado incumplimiento, este derecho de crédito le permitirá dirigirse contra el patrimonio de un sujeto distinto al de su deudor original. Desde esa perspectiva, el depósito en garantía en manos de tercero sí le confiere al acreedor una mayor seguridad para el cobro de su crédito, acrecentando la responsabilidad patrimonial del deudor, pues podrá reclamar la entrega del *tantundem* a un sujeto distinto a su deudor inicial. Aunque no exista una garantía real, sí constituye un contrato de garantía.

En esa línea, DÍAZ BRITO (2003, 3695-3699) ha situado la garantía que proporciona la prenda irregular con intervención de tercero, que identifica con el depósito en garantía a manos de tercero de la ley 474.II del Fuero Nuevo, en «*la responsabilidad patrimonial universal de un tercero ajeno a la obligación que se quería garantizar, mecanismo este que es el propio de las garantías de tipo personal, en las que la seguridad del acreedor se refuerza brindándole nuevos patrimonios contra los que dirigirse en caso de que el crédito no se vea*

satisfecho»[23]. En efecto, en caso de incumplimiento de la obligación principal, el acreedor puede reclamar al depositario en garantía la entrega de una cantidad de dinero o bienes fungibles igual a la recibida del depositante en garantía. Si el depositario en garantía no cumple con su obligación de entrega, el acreedor podrá dirigirse contra el patrimonio del depositario (art. 1911 del Código Civil) y, por ello, el depósito en garantía en manos de tercero produce el efecto característico de las garantías personales[24].

La diferente naturaleza del depósito en garantía en manos del acreedor y del depósito en garantía en manos de tercero justifica que se analicen como dos figuras independientes, aunque compartan buena parte de sus elementos.

IV. EL DEPÓSITO EN GARANTÍA EN MANOS DEL ACREEDOR (LEY 474.I FN)

1. Coincidencia entre depósito en garantía en manos del acreedor y prenda irregular

Si se tienen en cuenta los elementos definidores del depósito en garantía en manos del acreedor, expuestos anteriormente, se concluye que coinciden con los que se atribuyen a la figura conocida habitualmente como prenda irregular[25], por lo que, tal y como han puesto de manifiesto buena parte de los autores que se han ocupado de su análisis, la ley 474.I de la Compilación supone la admisión de la prenda irregular en el Derecho navarro (OZCÁRIZ MARCO, 2002, 1595-1596; SABATER BAYLE, 2006, 408; PARDINAS SANZ, 2002, 136-137; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2001, 67; MORAIS ANTUNES, 2007, 62-63). Igualmente, la Audiencia Provincial de Navarra en su Sentencia de 4 de diciembre de 2008 identifica expresamente el depósito en garantía con la figura de la prenda irregular y destaca su causa de garantía[26].

Ahora bien, se ha de tener presente que la naturaleza de la prenda irregular es altamente controvertida, incluso en aquellos ordenamientos que la regulan expresamente, y a menudo se ha explicado mediante su identificación con otras figuras, como la prenda ordinaria, la prenda de créditos o la fiducia en garantía. Desde luego, el depósito en garantía en manos del acreedor (o prenda irregular, según la terminología de otros ordenamientos), no puede considerarse una modalidad de prenda ordinaria, pues aunque tenga la misma finalidad garantizadora, no presenta la estructura propia de los derechos reales de garantía: transmite la propiedad en lugar de la posesión sobre el objeto, no otorga al acreedor el *ius distrahendi* y tampoco le confiere un derecho de preferencia para el cobro[27]. Tampoco puede identificarse en el depósito en garantía una prenda de créditos, ni una fiducia en garantía, como se constatará a continuación, debiendo concluirse que no coincide con ninguna otra forma de garantía real tipificada

por el Fuero Nuevo y que por tanto tiene sustantividad propia en el seno del Derecho navarro[28].

Partiendo de esta consideración como garantía real autónoma, han de afrontarse dos de las cuestiones más delicadas en cuanto al depósito en garantía en manos del acreedor, que son la determinación de la causa de transmisión de la propiedad al acreedor y la naturaleza de su mecanismo satisfactivo.

La ley 474 del Fuero Nuevo en su párrafo primero alude expresamente al efecto traslativo de la propiedad del depósito en garantía[29], inclinándose así por presumir que siempre que se entregue dinero o bienes fungibles para garantía de una obligación se adquirirá su propiedad por el depositario en garantía. Si las partes quisieran constituir una prenda ordinaria sobre dinero o bienes fungibles (ley 468 FN) tendrían que externalizar esta voluntad, mediante un acto de individualización de las cosas.

Respecto a la causa concreta que justifica la transmisión de la propiedad al acreedor, se considera la causa de garantía como la única apta para explicar la transmisión de la propiedad que produce el depósito en garantía en manos del acreedor (o prenda irregular). Solo la causa de garantía ofrece justificación suficiente para la transmisión de la propiedad al acreedor-depositario en garantía y el correlativo nacimiento de una obligación de restitución en el mismo supeditada al cumplimiento de la obligación principal (JORDANO FRAGA, 1990, 311). Igualmente, la causa de garantía explica que la obligación de restitución quede vinculada al vencimiento de la obligación principal, sin necesidad de considerar que la citada obligación está sujeta a condición (pues el cumplimiento de la obligación por el deudor no puede considerarse como tal), o la existencia de pactos implícitos para no reclamar antes del vencimiento[30].

La otra gran cuestión que suscita el depósito en garantía en manos del acreedor o prenda irregular es la de ofrecer una explicación satisfactoria que explique su mecanismo satisfactivo, pues fallan los requisitos propios de la compensación. Algunos autores han considerado por ello que en realidad se trata de una imputación, una compensación legal o bien de una compensación convencional[31]. La jurisprudencia italiana ha excluido, en efecto, que exista compensación en sentido técnico, porque esta presupone la autonomía de los dos negocios contrapuestos entre las partes, y se ha decantado por afirmar que, existiendo homogeneidad entre el objeto de la prenda irregular y el del crédito garantizado «*la extinción del propio crédito es efecto de una operación meramente contable, que queda fuera, por tanto, del ámbito de operatividad del instituto de la compensación*» (Sentencia de la Corte de Casación de 10 de febrero de 2015[32]).

Lo cierto es que todas las teorías sobre el mecanismo satisfactivo de la prenda irregular acaban por desembocar en una misma conclusión: en caso de incumplimiento de la obligación principal por el deudor el valor de lo entregado en garantía se compensa, imputa, reduce o como se quiera expresar, con

el importe de la obligación garantizada y esta se extingue, por lo que el depósito en garantía, o la prenda irregular, tienen función solutoria, como reconoce ANELLI (1996, 265-267). El depósito en garantía en manos del acreedor por ello supone adelantar la satisfacción coactiva para el acreedor (VITTORIA, 1990, 2-3; GATTI, 2000, 6).

Aunque el término «compensación» no sea técnicamente correcto, porque no se dan los requisitos necesarios de este modo de extinción de las obligaciones, lo cierto es que, en su sentido coloquial o amplio, la expresión «compensación» describe exactamente la operación contable en la que se traduce, en última instancia, la realización del depósito en garantía[33].

2. Distinción entre depósito en garantía en manos del acreedor y prenda de créditos

El Fuero Nuevo no regula expresamente la prenda de créditos, pero esta ha de considerarse admisible en el ordenamiento navarro como contrato atípico, al amparo del principio de libertad civil (ley 7 FN), aplicándosele su régimen propio[34].

En el Derecho común se ha identificado prenda irregular y prenda de créditos, a raíz de la problemática surgida en torno a la pignoración de depósitos bancarios a partir de los años 80 del siglo pasado. En tales supuestos se afirma mayoritariamente que, cuando se entrega dinero en garantía al acreedor, este adquiere su propiedad y deja de formar parte del patrimonio del deudor. Por consiguiente, lo único que puede afectar este en garantía es el crédito a la restitución surgido de la previa entrega, por lo que la figura reviste la forma de una prenda sobre un crédito[35]. No obstante, hubo autores que admitieron que la entrega de dinero en garantía podía revestir también la forma de prenda irregular, ofreciendo una serie de criterios distintivos entre esta y la prenda de créditos, que pueden extrapolarse al ámbito no bancario y resultan de utilidad. La diferencia fundamental entre la prenda irregular y la prenda de un crédito se encuentra, para estos autores, en la dependencia o independencia del derecho a la restitución de los depósitos respecto a la obligación garantizada. Cuando se trata de prenda de créditos, el crédito garantizado y el cedido en garantía conservan su autonomía en cuanto a su vencimiento. En cambio, en la prenda irregular es el vencimiento e incumplimiento del crédito garantizado el que determina la inmediata y necesaria imputación del crédito por la restitución del *tantundem (*JORDANO FRAGA*,* 1990, 317*;* TAPIA HERMIDA, 1996, 875-877)[36]. Además, se señala como otros criterios distintivos el hecho de que en la prenda de créditos la titularidad del crédito objeto de la garantía corresponde al constituyente de la prenda, mientras que en la prenda irregular la titularidad del crédito restitutorio no le corresponde al constituyente de la garantía, sino que

hasta el momento del vencimiento de la obligación garantizada el sujeto activo de la restitución no está determinado (CRUZ MORENO, 1995, 202; GATTI, 2000, 8. VITTORIA, 1990, 5-6). Relacionado con la característica anterior, en la prenda de créditos se puede constituir una segunda prenda por parte del constituyente, que sigue siendo acreedor del crédito cedido, posibilidad negada en la prenda irregular, en la que el constituyente ya no es propietario de lo entregado, ni tiene un crédito que afectar en garantía.

En el caso navarro, para dilucidar si el depósito en garantía en manos del acreedor puede ser reconducido a una prenda de créditos hay que tener presente, en primer lugar, el texto de la ley 474.I de la Compilación, que establece que «*para garantía del cumplimiento de una obligación puede constituirse*» un depósito en manos del acreedor. El empleo del verbo constituir implica que el depósito se crea en ese momento, y para esa finalidad de garantía. Continúa el texto de la ley estableciendo que «*el acreedor adquiere la propiedad de las cosas depositadas en su poder*», luego el traspaso de la propiedad se produce precisamente por esa entrega, y no en virtud de otro contrato anterior. Ello sugiere que se trata de un único negocio, con finalidad de garantía, y no de dos negocios, uno dirigido a crear un crédito y otro diferente por el que se cede en garantía dicho crédito. En la prenda de créditos la transmisión de la propiedad del dinero se produce por un contrato, frecuentemente un depósito irregular bancario, con su propia causa (disponer del dinero en las cuentas bancarias a la vista u obtener rendimiento en los depósitos a plazo fijo). Posteriormente el crédito a la restitución derivado del depósito irregular es utilizado como objeto de garantía. Sin embargo, de acuerdo con la ley 474.I del Fuero Nuevo, la transmisión de la propiedad al acreedor se produce como efecto del contrato de garantía, no en virtud de otro tipo de contrato con su causa propia.

Se cumplen, además, las características que distinguen la prenda irregular de la prenda de créditos. Resulta clarificador el hecho de que, mientras en la prenda de créditos el titular del crédito pignorado es el deudor de la obligación principal, en el depósito en garantía el titular del crédito a la restitución no se conoce hasta el momento del vencimiento de la obligación garantizada. Hasta entonces, su titular es determinable alternativamente[37].

El depositante en garantía, por ello, no puede constituir una nueva prenda sobre el dinero, desde luego, pues ya no le pertenece, pero tampoco sobre el crédito que pudiera tener contra el acreedor-depositario en garantía, pues no puede ofrecer como garantía un crédito cuya titularidad no está determinada todavía. En cambio, en una prenda de créditos el constituyente podría ceder nuevamente en garantía el mismo crédito, procediendo a notificar esta constitución al deudor cedido.

También es muy significativo que en la prenda de créditos el crédito pignorado y la obligación principal mantienen sus propios vencimientos (aunque es cierto que las partes pueden convenir el vencimiento simultáneo de ambos).

En el depósito en garantía, sin embargo, el deber de restitución del acreedor queda vinculado al vencimiento de la obligación garantizada. Relacionado con el momento de la entrega del dinero o bienes fungibles, en el depósito en garantía esta entrega es simultánea a la constitución de la garantía, mientras que en la prenda de créditos estos momentos pueden no coincidir, pudiendo cederse un crédito surgido de un depósito irregular anterior.

El depósito en garantía, a través de la transmisión de la propiedad sobre el dinero o los bienes fungibles al acreedor, otorga a este exclusividad sobre los mismos. Por su parte, aunque el acreedor pignoraticio goza de un derecho de preferencia para cobrarse sobre el crédito pignorado, lo cierto es que este derecho podría ceder frente a otros créditos (salariales, frente a la Hacienda pública, etc.).

La figura del depósito en garantía en manos del acreedor (ley 474.I FN), por todo lo anterior, no puede reconducirse a la prenda de créditos.

Ahora bien, existe una proximidad innegable entre el depósito en garantía en manos del acreedor y cierta situación que la doctrina, en el ámbito del Derecho común, califica como prenda de créditos. En concreto, con aquellos supuestos en los que el deudor de una entidad bancaria entregue a la misma una cantidad de dinero en garantía, instrumentalizando esta entrega mediante un depósito bancario de creación simultánea a la constitución de la garantía, y cuyo vencimiento coincida con el de la obligación garantizada, sin que el depositante pueda disponer de los fondos depositados. Frente al régimen general de la prenda de créditos, al ser la propia entidad depositaria la acreedora, no se requiere notificación al deudor cedido, y la realización de esta «prenda de créditos» se simplifica respecto al régimen de aquella, pues al vencimiento de la obligación principal el banco acreedor compensa su crédito con el dinero depositado. Es inevitable apreciar que esta prenda de créditos con régimen «simplificado» coincide con la prenda irregular. Los elementos diferenciadores entre la prenda irregular y la prenda de créditos, en efecto, se difuminan: la causa de la transmisión de la propiedad sobre el dinero, a pesar de constituirse un depósito bancario, no es la custodia, sino la garantía; los vencimientos del depósito bancario y de la obligación principal coinciden; su forma de realización no requiere de reclamación al deudor cedido, sino que se realiza mediante compensación o comprobación contable, y no requiere de notificación al deudor cedido[38].

Subsiste la característica propia de la prenda de créditos de que el titular del crédito a la restitución es el depositante, que podría constituir sucesivas prendas sobre el depósito bancario. Sin embargo, hay que tener en cuenta que dicho depósito se constituye precisamente para garantía, por lo que la cuantía del depósito se acomodará a la de la obligación principal (más los intereses, en su caso) o será inferior, de forma que el deudor no podrá constituir una prenda sucesiva sobre el mismo depósito y, por otro lado, el banco impedirá al deudor cualquier movimiento que perjudique su garantía, por lo que no es relevante que formalmente el deudor siga siendo el titular del crédito a la restitución,

en lugar de ser este eventual. La operación concreta de constituir un depósito bancario en la entidad acreedora, simultáneamente a su pignoración, haciendo coincidir ambos vencimientos, coincide con las características del depósito en garantía o prenda irregular, y no debe recalificarse como una prenda de créditos. Precisamente en el supuesto enjuiciado en el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 7 de mayo de 1999 el deudor procedió a depositar en garantía una suma de dinero, en forma de imposición a plazo fijo, en el mismo banco acreedor, con el mismo vencimiento que la obligación principal, y simultáneamente a la constitución de la garantía, calificando el tribunal el negocio como depósito en garantía y no como prenda de créditos[39].

3. Distinción con la fiducia en garantía

Dentro del sistema de garantías de la Compilación, tanto la fiducia en garantía (ley 466 FN) como el depósito en garantía en manos del acreedor (ley 474.I FN) constituyen garantías reales típicas, que emplean el derecho de propiedad para alcanzar su función económico-social de reforzar la seguridad de cobro del acreedor y por tanto la causa de garantía justifica la atribución de la propiedad al acreedor, y que la obligación de restitución de este sea meramente eventual[40]. Sin embargo, a pesar de las coincidencias entre ambas, tras un análisis más exhaustivo surgen diferencias importantes[41].

En primer lugar, si se atiende al derecho que adquiere el fiduciario se observa que no coincide con el que adquiere el depositario en garantía (OZCÁRIZ MARCO, 2002, 1596; SABATER BAYLE, 2006, 408; CRUZ MORENO, 1996, 143-145; DALMARTELLO, 1950, 328-329). En efecto, una vez recibido el dinero o los bienes fungibles, este ostenta sobre los mismos una propiedad plena, que le permite usarlos y disponer de los mismos como considere oportuno. El acreedor-fiduciario, en cambio, ostenta sobre el objeto de la fiducia una propiedad formal, que no es plena, pues no puede disponer sobre el mismo, y además responde ante el constituyente de la garantía con arreglo a lo establecido para el acreedor pignoraticio (ley 466 FN) (RUBIO TORRANO, 2002, 29; OZCÁRIZ MARCO, 2002, 1567-1568; SABATER BAYLE, 2006, 406)[42]. Se descubre así otra diferencia, pues mientras el fiduciario debe restituir el bien específico recibido en garantía, el depositario en garantía no debe restituir lo mismo sino una cantidad igual a los bienes recibidos (DORAL GARCÍA, 2002, 933).

En segundo lugar, una fundamental diferencia entre fiducia en garantía y depósito en garantía reside, en el ámbito del Fuero Nuevo, en el desenvolvimiento de ambas garantías en caso de incumplimiento del deudor. En tal sentido, ha sido advertido que en la fiducia en garantía existe un riesgo de abuso en perjuicio del constituyente, derivado de la posibilidad de incluir un

pacto comisorio, que faculta al fiduciario para apropiarse de un bien de valor superior al de la deuda garantizada. En el depósito en garantía, en cambio, el depositario no puede apropiarse del exceso y el citado riesgo es inexistente (OZCÁRIZ MARCO, 2002, 1596; SABATER BAYLE, 2006, 408). La posibilidad de apropiarse de la cantidad total entregada, aunque fuese superior al valor de la obligación garantizada, alejaría el depósito en garantía (o prenda irregular, según la denominación utilizada por otros ordenamientos) del ámbito de las garantías y lo aproximaría a otras figuras como la cláusula penal. Dicho de otro modo, en tal caso la voluntad de las partes no iría dirigida a prestar una garantía, sino a arbitrar un mecanismo de indemnización o penalización por el incumplimiento del deudor. La doctrina nacional y extranjera es unánime al entender que cuando se entrega dinero o bienes fungibles al acreedor con función de garantía (sea cual sea el nombre empleado), este tiene la obligación de devolver al constituyente de la garantía el eventual exceso entre el importe de la obligación garantizada y el valor de la garantía (CRUZ MORENO, 1995, 145; JORDANO FRAGA, 1990, 315; REALMONTE, 1985, 649; ANELLI, 1996, 268; RAMOS ALVES, 2010, 215). En el sistema navarro de garantías reales, solo cuando la Compilación expresamente lo permite es válida la inclusión de un pacto comisorio en una figura de garantía[43], y no es el caso de la ley 474.

Pero la obligación del depositario en garantía de restituir el exceso entre el valor de lo entregado y el importe del incumplimiento no es lo único que separa el depósito en garantía de la fiducia en garantía, en lo que a la realización de ambas se refiere. En la fiducia en garantía, la consolidación de la propiedad en el acreedor fiduciario tras el incumplimiento del deudor no es automática sino que requiere, en primer lugar, del pacto en tal sentido[44], y en segundo lugar, que el deudor incurra en mora (ley 466 FN). Aunque la Compilación no establece expresamente la forma en la que el deudor se constituye en mora, por analogía con la prenda (ley 469 FN) y la venta a carta de gracia con función de garantía (ley 477 FN), parece necesario el requerimiento de pago al deudor fiduciante, además, de la concesión de un plazo tras el requerimiento de pago, pues supone una medida que pretende proteger al deudor-fiduciante, de acuerdo con RUBIO TORRANO (2002, 1603). El depósito en garantía en cambio no requiere pacto expreso para que el acreedor consolide la propiedad tras el incumplimiento del deudor (prueba de que se produce una transmisión plena desde el inicio y no una propiedad fiduciaria), ni la ley 474 del Fuero Nuevo exige constitución en mora del deudor ni por tanto que se le efectúe requerimiento alguno. Ante el incumplimiento del deudor, la garantía se realiza de forma automática, mediante la compensación entre el valor del dinero o bienes entregados y el importe de la obligación garantizada.

Por todo lo anterior, aunque la fiducia en garantía (ley 466 FN) y el depósito en garantía en manos del acreedor (ley 474.I FN) presentan similitudes nota-

bles, no puede afirmarse una coincidencia entre ellos, de forma que no puede considerarse el depósito en garantía como una modalidad de aquella.

4. Régimen jurídico del depósito en garantía en manos del acreedor (ley 474.I FN)

A) Fuentes, caracteres y régimen aplicable

Como toda garantía real, el depósito en garantía tiene carácter accesorio respecto a otra obligación principal (leyes 463 FN y 474 FN). Puede constituirse mediante un contrato, supuesto más habitual y que centrará la atención en los puntos siguientes, pero también por estipulación[45], disposición *mortis causa* o en virtud de una ley (ley 465 FN). Cuando el depósito en garantía tenga origen legal, será la propia disposición la que establezca el régimen aplicable y el margen otorgado a la libertad de pacto de las partes[46].

Cuando se constituye mediante contrato, se trata de un contrato no formal, real, y unilateral o bilateral.

El depósito en garantía es un contrato no formal (ley 18 FN), que logra su oponibilidad frente a terceros mediante el traspaso de la propiedad del dinero o bienes fungibles, con su entrega, con lo que la constancia por escrito será, en su caso, únicamente un medio de prueba de la efectiva constitución de la garantía, y de su fecha[47]. El carácter real del contrato se desprende del propio tenor literal de la ley 474.I del Fuero (SABATER BAYLE, 2006, 408). En principio, se señala que el contrato es unilateral, pues surge una única obligación a cargo del depositario en garantía: la de restituir el dinero o bienes fungibles en caso de cumplimiento del deudor-depositante (CRUZ MORENO, 1995, 171). No obstante, hay que plantear la posibilidad de que el depositante en garantía perciba una remuneración, en cuyo caso el contrato se considerará bilateral.

El régimen jurídico aplicable al depósito en garantía en manos del acreedor será el previsto en la propia ley 474.I del Fuero Nuevo y lo pactado entre las partes («… *conforme a lo establecido en el contrato*»). El alcance de estos posibles pactos se encuentra restringido, en primer lugar, por los límites comunes al principio *paramiento fuero vienze* (ley 7 FN)[48], y por la propia estructura del depósito en garantía, que está perfectamente definida por la ley 474 del Fuero Nuevo[49]. Fuera de estos elementos esenciales que definen la figura, las partes pueden prever aspectos concretos como son la forma del contrato, el lugar o circunstancias de la restitución por el acreedor, el destino de los intereses devengados por el dinero depositado, etc.

Para resolver todas aquellas cuestiones no reguladas por la ley 474 del Fuero Nuevo ni previstas por las partes habrá de acudirse a las notas comunes a las

garantías reales, que poco más aportan al régimen del depósito en garantía. Subsidiariamente, en aquellos aspectos no previstos por las partes, se recurrirá a las normas del mutuo en cuanto a los efectos referidos a la transmisión de la propiedad, y a las normas sobre la prenda regular para el resto de cuestiones[50].

Por último, podría plantearse el carácter civil o mercantil del depósito en garantía, pero lo cierto es que, desde una perspectiva exclusivamente práctica, hay que tener presente que el Código de Comercio no contiene una regulación general de las garantías reales[51], y aunque se pudiera plantear la mercantilidad de una figura de garantía, le resultarían aplicables las disposiciones civiles, contenidas en el Fuero Nuevo, en el Código Civil, o en otras leyes especiales, por lo que resulta indiferente la calificación de un depósito en garantía como civil o mercantil.

Sí se ha de tener presente, sin embargo, la presencia del régimen previsto por el Real Decreto-ley 5/2005 para las garantías financieras, dictado en transposición de la Directiva 2002/47 del Parlamento Europeo y del Consejo, pues cuando se cumplan los requisitos para la aplicación de su régimen especial, las garantías financieras quedarán sujetas a su propia norma y no al Fuero Nuevo[52].

B) Elementos del depósito en garantía: sujetos y objeto

Son parte en el depósito en garantía, por un lado, el constituyente o depositante en garantía, que puede ser bien el deudor de la obligación principal, bien un tercero ajeno a dicha obligación que garantice una obligación de otro[53] y, por otro lado, el acreedor-depositario en garantía.

Todos los sujetos han de tener capacidad para obligarse, puesto que la constitución de la garantía y también la eventual restitución del dinero por parte del depositario suponen actos de disposición (SABATER BAYLE, 2006, 405).

Un problema particular y de relevancia práctica es la posibilidad de constituir un depósito en garantía en manos del acreedor cuando este es una entidad bancaria. Ya se ha indicado que, en nuestro criterio, cuando la formalización del depósito sea simultánea a la de la constitución de la garantía, de forma que sea absolutamente claro que el depósito obedece a la finalidad de garantizar una obligación entre el depositante y el depositario, cuando el vencimiento del depósito coincida con el de la obligación principal, y el depositante no tenga la posibilidad de disponer de los fondos durante la pendencia de la obligación principal, la figura constituye un depósito en garantía (ley 474.I FN) y no una prenda de créditos, tal y como entendió el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 7 de mayo de 1999.

En cuanto al objeto del depósito en garantía, este requiere, por un lado, de la existencia de una obligación principal, para cuya seguridad se constituye precisamente. La ley 463 no distingue qué tipo de obligaciones pueden asegurarse

con garantía real o personal, ni tampoco lo hace la ley 474 del Fuero Nuevo, por lo que no existen restricciones en cuanto a las posibles obligaciones a garantizar. En primer lugar, puede garantizarse el cumplimiento de obligaciones pecuniarias (por ejemplo, el pago del precio por el vendedor, el pago de la renta de un arrendamiento), pero también de obligaciones de hacer o no hacer (obligación del vendedor de cancelar una carga hipotecaria, obligación de devolver el objeto del *leasing* en perfecto estado si no se ejercita la opción de compra, obligación del constructor de ejecutar una obra en perfectas condiciones, etc.). Lógicamente si se trata de una obligación no pecuniaria y el deudor no realiza voluntariamente la prestación será imposible su cumplimiento forzoso, por lo que realmente lo que se asegura es la responsabilidad por el incumplimiento (GUILARTE ZAPATERO, 1990, 471). El hecho de que la obligación principal sea no dineraria tendrá repercusión en la fase de realización de la garantía pues el incumplimiento habrá de cuantificarse económicamente.

El depósito en garantía también podría garantizar una o varias obligaciones, e incluso cabe imaginar la posibilidad de que garantice todos los créditos presentes y futuros existentes entre las partes, con o sin fijación de un límite temporal, constituyendo un depósito en garantía global u ómnibus[54].

Por otro lado, el objeto del depósito en garantía para el Fuero Nuevo lo constituyen el dinero u otros bienes fungibles, siendo el primero especialmente idóneo para constituir el objeto del depósito en garantía. El artículo 1851 del *Codice Civile* italiano circunscribe el objeto de la prenda irregular además de a dinero, a mercaderías y créditos incorporados a un título-valor, habiéndose resaltado la fácil valoración de estos bienes, la determinación corriente de su precio de mercado, como característica del objeto de la prenda irregular, de forma que son aptos para una pronta realización de su valor (DALMARTELLO, 1965, 805; VITTORIA, 1990, 1; RAMOS ALVES, 2010, 193-194). Aunque el Fuero Nuevo alude en general a bienes fungibles, la cualidad de su fácil valoración ha de entenderse implícita, pues en caso contrario se dificultaría el mecanismo satisfactivo propio del depósito en garantía.

Además de tener carácter naturalmente fungible, los bienes han de entregarse sin individualizar o especificar (CRUZ MORENO, 1995, 207; DALMARTELLO, 1965, 799).

Por otro lado, la doctrina se ha planteado la posibilidad de constituir una prenda irregular si el dinero o los bienes fungibles están ya en manos del *accipiens* y por tanto son de su propiedad con carácter previo a la constitución de la garantía. Frecuentemente el negocio que conlleva el traspaso de la propiedad es un depósito bancario y el acreedor garantizado es, por tanto, un banco. Parte de nuestra doctrina admitió esta posibilidad, entendiendo que se produce una novación del depósito bancario, cuya causa de custodia se transforma en una causa de garantía. Esta novación explica la alteración del deber de restitución derivado del original depósito (a requerimiento del depositante) en un deber

de restitución eventual y ligado al cumplimiento de la obligación principal (JORDANO FRAGA, 1990, 316-318; CRUZ MORENO, 1996, 211)[55]. DALMARTELLO (1965, 799-800) puntualiza, no obstante, que si las partes entregan sin más el crédito derivado del previo negocio restitutorio, existe una prenda de créditos, a la que le resulta aplicable su régimen propio, por lo que para que surja una prenda irregular es precisa la conversión del precedente negocio de depósito irregular en prenda irregular.

De acuerdo con esta acertada puntualización, también en el Derecho navarro si se afecta en garantía el crédito nacido de un depósito bancario previo, existirá una prenda de créditos. Hay que preguntarse, entonces, si es posible que se produzca una novación y que un depósito irregular previo se transforme en depósito en garantía. El tenor literal de la ley 474 FN presenta dos obstáculos: primero, la ley se refiere a la constitución del depósito para garantía de la concreta obligación, y segundo, es precisamente este negocio y no otro el que produce la transmisión de la propiedad al acreedor depositario en garantía, lo que descarta la posibilidad de una novación aunque fuese tácita[56].

C) Obligaciones derivadas del contrato

Del depósito en garantía deriva una obligación fundamental para el depositario en garantía, que es la de restituir el *tantundem* al depositante en caso de cumplimiento de la obligación principal por parte del deudor. Las condiciones de esta restitución (lugar, forma, posibles plazos, etc.) pueden ser objeto de pacto entre las partes.

En algunos supuestos pueden surgir dos obligaciones más. Por un lado, aunque no sea muy frecuente, cuando el depósito en garantía se constituye en manos del acreedor, puede pactarse una contraprestación a cargo del depositario en garantía y en favor del depositante, que puede consistir en el pago de un interés si lo entregado fue dinero, o en la entrega de los frutos si se entregaron otras cosas fungibles (CRUZ MORENO, 1995, 253-254). En defecto de dicho pacto, los posibles frutos que produzca la cosa le pertenecen enteramente al depositario en garantía (DALMARTELLO, 1965, 806; RUBINO, 1956, 218-219).

Por otro lado, puede surgir en algunos casos una obligación de liquidación, cuando se garantice el cumplimiento de una obligación de hacer o de dar (como por ejemplo, la obligación de realizar una obra o de mantener el piso arrendado en perfecto estado) en los que puede ser necesario proceder a la cuantificación económica de la prestación incumplida[57]. Las partes pueden haber establecido en el contrato mecanismos de liquidación, o la obligación de acudir a medios de resolución extrajudicial de conflictos, como la mediación o el arbitraje. En defecto de estos pactos, en caso de desacuerdo sobre la existencia misma de

incumplimiento o sobre su alcance, las partes se verán obligadas a acudir a un procedimiento judicial, lo que puede retrasar el mecanismo compensatorio propio del depósito en garantía hasta que exista sentencia judicial firme, lo que resta atractivo al depósito en garantía, que precisamente se escoge por su ejecución rápida y sin costes. Aun así, incluso en este caso, la ejecución de la sentencia condenatoria no sería necesaria, ya que el depósito en garantía se compensaría con el importe de los daños a los que haya sido condenado el deudor[58].

Por último, el momento de la valoración de los bienes fungibles entregados en garantía ha de ser el del vencimiento de la obligación principal[59].

D) Depósito en garantía en manos del acreedor y terceros acreedores

En el depósito en garantía, o prenda irregular en la terminología del Derecho común, el acreedor garantizado satisface directamente su crédito, mediante una compensación u operación contable consistente en descontar el valor de lo entregado en garantía del valor de la obligación principal incumplida, sin acudir a la vía judicial o a ningún otro procedimiento extrajudicial legalmente establecido.

Para determinar cómo afecta la existencia de otros acreedores al depósito en garantía es conveniente tener en cuenta el momento en el que se encuentre este. Entre el momento de su constitución y el momento de vencimiento de la obligación principal, los acreedores del depositante en garantía no pueden perseguir los bienes entregados al acreedor garantizado, pues estos han ingresado en su patrimonio (JORDANO FRAGA, 1990, 324; CRUZ MORENO, 1995, 255-256)[60]. Lo único embargable por estos acreedores es el eventual crédito restitutorio del depositante en garantía frente al depositario, pues es lo único que forma parte del patrimonio de aquel.

Una vez vencida la obligación principal, si esta resulta insatisfecha, se produce la automática compensación entre el valor de lo entregado en garantía y el valor de la obligación principal, por lo que al acreedor garantizado no le afecta en absoluto la presencia de otros acreedores del depositante en garantía, no hay problema de concurrencia con ellos (JORDANO FRAGA, 1990, 324; CRUZ MORENO, 1995, 255-256). Mediante el depósito en garantía no se trata de crear un privilegio convencional a favor del depositario en garantía, sino que se le otorga exclusividad para la realización de su crédito. Los acreedores del depositante en garantía únicamente podrían embargar el crédito de aquel frente al depositario en garantía por el exceso de valor del *tantundem* sobre el crédito garantizado, en caso de que existiera.

Igualmente, en caso de cumplimiento de la obligación principal por el deudor, los acreedores del depositante en garantía podrían embargar el crédito a la restitución del *tantundem* que ostenta frente al depositario en garantía (o el dinero, una vez ingresado en el patrimonio del depositante en garantía).

Por su parte, los acreedores del acreedor-depositario en garantía, podrían embargar el dinero o bienes fungibles recibidos por este, pues forman parte de su patrimonio. Eso sí, en caso de cumplimiento de la obligación principal por el deudor, el acreedor-depositario en garantía tendrá que hacer frente a su obligación de restitución del *tantundem*, con cualesquiera bienes que se hallen en su patrimonio en dicho momento.

Es de capital importancia también conocer cómo afecta al depósito en garantía la declaración en concurso, tanto del depositante en garantía como del depositario en garantía.

En caso de concurso del deudor-depositante en garantía, no existe ningún bien que incluir en la masa activa (como sí ocurriría, por ejemplo, con el objeto de una prenda ordinaria). El objeto afecto a la garantía ha sido transmitido al patrimonio del acreedor (JORDANO FRAGA, 1990, 324; CRUZ MORENO, 1995, 255-256). Si se replica que el depositario en garantía no tiene preferencia porque no se le reconoce ningún privilegio especial (art. 90 LC) y en consecuencia otro acreedor podría cobrar antes, hay que responder que no hay ningún objeto propiedad del deudor sobre el que ejercer esta preferencia. Para que el dinero revirtiera al patrimonio del depositante sería necesario atacar la propia constitución de la garantía, declarar su ineficacia a través de alguno de los medios reconocidos por la Ley Concursal[61]. Mientras esto no ocurra, en el patrimonio del deudor únicamente existe un activo, que es el crédito a la restitución del *tantundem*, pero es meramente eventual y depende del cumplimiento o incumplimiento de la obligación principal. Así que los acreedores del depositante en garantía deben esperar al vencimiento de la obligación garantizada y, si el deudor principal cumple, se cristalizaría su derecho a recibir del depositario en garantía el *tantundem*, derecho de crédito que se integraría en la masa activa del concurso[62].

La declaración en concurso del depositante en garantía no tiene ningún efecto sobre la propiedad adquirida sobre el dinero o los bienes fungibles por el depositario en garantía, y así lo reconoció el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 7 de mayo de 1999, que declaró que el dinero entregado en garantía al acreedor, en el caso un Banco, no debía ser integrado en la masa de la quiebra de la mercantil depositante.

Si el que se declara en concurso es el depositario en garantía, el dinero o los bienes fungibles entregados se incluirán en la masa activa del concurso puesto que son de su propiedad, pero también la deuda eventual a la restitución formará parte del pasivo. En este supuesto, si el depositante en garantía cumpliera la obligación principal, se plantea la cuestión de si el depositante tiene algún tipo de privilegio o preferencia de cobro sobre el resto de los acreedores, a lo que hay que responder negativamente. Paradójicamente, si el depositante en garantía incumpliera la obligación principal, dicha obligación quedaría extinguida por compensación con la cantidad depositada en garantía, por lo que el depositante

no tendría que reclamar ningún crédito en el concurso y desde ese punto de vista su situación es más beneficiosa.

E) Extinción del depósito en garantía

El depósito en garantía, como contrato accesorio, se extinguirá si por cualquier causa se extingue la relación principal que garantiza (novación extintiva, confusión, condonación de la deuda principal, etc.), incluyendo lógicamente el supuesto más emblemático, que será el cumplimiento de la obligación principal. En estos casos, el depositario en garantía debe proceder a la restitución del *tantundem* al depositante en garantía pues ya no tiene motivo alguno para conservar el dinero o bienes fungibles en su patrimonio.

Además, el depósito en garantía, como contrato autónomo, puede extinguirse por circunstancias que le afecten propiamente, ajenas a la obligación principal, no presentando particularidades en cuanto a las formas comunes de extinción de las obligaciones.

V. EL DEPÓSITO EN GARANTÍA EN MANOS DE TERCERO (LEY 474.II FN)

1. Distinción de figuras afines

La figura del depósito en garantía en manos de tercero no ha sido abordada por los Tribunales navarros, y, como se indicó al inicio, la doctrina no ha distinguido habitualmente entre depósito en garantía en manos del acreedor y depósito en garantía en manos de tercero, a excepción de OZCÁRIZ MARCO (2002, pp. 1595-1596), que califica la figura del segundo párrafo como secuestro convencional irregular, apuntando así ya la diferente naturaleza de la figura del primer y segundo párrafo de la ley 474.

La intención del legislador navarro, influenciado probablemente por la jurisprudencia italiana[63] fue la de recoger en este segundo párrafo la prenda irregular en manos de tercero, como una simple variante de la prenda irregular o depósito en garantía en manos del acreedor, figura que ha sido admitida por parte de la doctrina (RUBINO, 1956, 219; GATTI, 2000, 8-10; CRUZ MORENO, 1995, 198)[64]. Sin embargo, cuando el dinero se entrega a un tercero fallan los presupuestos de la prenda irregular. El acreedor no adquiere la propiedad del dinero, por lo que en caso de incumplimiento de la obligación principal no tiene nada con lo que compensar, sino que debe reclamar al depositario la entrega del *tantundem*, lo cual dista mucho del mecanismo satisfactivo propio de la prenda irregular. El acreedor tampoco goza de la exclusividad que otorga la prenda

irregular en manos del acreedor, su crédito frente al depositario no es privilegiado ni ostenta defensa especial alguna ante el incumplimiento o insolvencia del depositario. Para que se den los elementos propios de una prenda irregular se precisa pues que el receptor del dinero sea el acreedor, no un tercero, como ponen de manifiesto DALMARTELLO, (1965, 804), GRISI (1999, 537-539), RAMOS ALVES (2010, 252), JORDANO FRAGA, (1990, 313-314) o FÍNEZ RATÓN (1994, 53).

El depósito en garantía en manos de tercero, en realidad, no afecta el dinero entregado al tercero a la satisfacción de la obligación garantizada, pues pasa a formar parte del patrimonio de aquel y es susceptible de embargo por otros eventuales acreedores. Ante el incumplimiento del deudor, el acreedor podrá reclamar el *tantundem* al depositario en garantía, pero sin gozar de privilegio alguno. Se excluye, por tanto, que constituya una garantía real, lo que descarta que su naturaleza pueda ser también la de una prenda de créditos o una fiducia en garantía en manos de tercero.

A pesar de ello, el segundo párrafo de la ley 474 de la Compilación ofrece una regulación para una situación que ocurre con cierta frecuencia, consistente en que para garantía de una obligación, el deudor coloca en manos de un tercero una cantidad de dinero para que este a su vez la entregue al acreedor en caso de que incumpla la obligación garantizada o se la restituya, en caso de cumplimiento. Aunque no produce la afectación de la cantidad a la satisfacción de la obligación principal frente a terceros, lo cierto es que brinda al acreedor la posibilidad de dirigirse contra el patrimonio de un sujeto distinto a su deudor original, pues en caso de que el depositario en garantía incumpla su obligación de entregarle el *tantundem*, aquel podrá exigirle el cumplimiento de dicha obligación de acuerdo con el régimen ordinario de incumplimiento de las obligaciones. Se concluyó por ello que el depósito en garantía en manos de tercero produce el efecto propio de las garantías personales.

El depósito en garantía en poder de tercero de la ley 474.II de la Compilación resulta muy próximo a la figura del depósito a favor de sujeto alternativamente determinado, que en Italia o Portugal se ha calificado como un contrato de depósito que desempeña función de garantía[65], o también a la figura anglosajona del *escrow*[66]. En nuestro país, la doctrina ha prestado escasa atención a estos supuestos y el Tribunal Supremo no los ha calificado de forma unánime[67]. El análisis de estas figuras y su comparación con el depósito en garantía en manos de tercero exceden del presente trabajo. No obstante, en la determinación de cuándo un negocio concreto constituye un depósito en garantía se han de tener muy presentes los elementos definidores del mismo. Resulta primordial no perder de vista que su finalidad, también cuando el dinero o bienes fungibles se colocan en poder de un tercero, es la garantía de la obligación principal, no asegurar la integridad de la cosa objeto de dicha obligación, situación que el Fuero Nuevo contempla en la ley 548.1.a), que prevé de forma muy amplia el secuestro convencional[68].

2. Principales cuestiones de régimen jurídico

Como fue adelantado al analizar los elementos del depósito en garantía, ambos párrafos de la ley 474 comparten buena parte de sus elementos, incluyendo su carácter accesorio y su causa de garantía, por lo que ahora se hará referencia exclusivamente a las especialidades que presenta el depósito en garantía en manos de tercero (ley 474.II FN).

En cuanto al régimen que le resulta aplicable, se regirá por lo establecido en la ley 474.II de la Compilación y por lo pactado entre las partes. Al no existir una auténtica garantía real no puede plantearse la aplicación de las normas comunes sobre las garantías reales[69] y, en defecto de pacto entre las partes, sobre todo en relación a las obligaciones del depositario en garantía, habrá que acudir a la aplicación analógica de las disposiciones que regulan las figuras contractuales más próximas, que pueden ser el mutuo (leyes 532-538 FN), pero también el contrato de mandato (leyes 555-562 FN).

Al igual que el depósito en garantía en manos del acreedor (ley 474.I FN), el celebrado en manos de tercero será unilateral si el depósito en garantía es gratuito. Pero en el caso de entrega de los bienes a un tercero, será más frecuente su carácter retribuido pues la condición de depositario la asumirá comúnmente un profesional[70]. A falta de pacto al respecto, parece lógico presumir que el depósito en garantía en manos de tercero sea retribuido cuando el depositario se dedique habitualmente a esta clase de operaciones, por analogía con lo previsto para el mandato (ley 558 FN).

Ha de prestarse cierta atención a los sujetos que han de intervenir en la celebración del contrato. La ley 474.II de la Compilación no especifica si el acreedor ha de intervenir o no en la conclusión del contrato, no obstante lo cual su intervención como parte se considera necesaria. En cuanto contrato de garantía, el acreedor tiene un interés indudable en la celebración del contrato, y ha de consentir su celebración, pues a través del mismo se le va a atribuir un derecho de crédito frente al depositario en garantía y, además, habrá de estar de acuerdo en la persona que se designa como depositario[71]. El depositario en garantía, por su parte, también ha de aceptar obligarse a recibir el dinero o bienes fungibles entregados en garantía, y a restituirlos alternativamente al depositante en garantía o al acreedor.

A) Particularidades en cuanto a sus elementos: el depositario en garantía

Probablemente en la previsión de que el dinero o bienes fungibles pudiera ser entregado a un tercero influyera la práctica jurídica, pues con cierta frecuencia se deposita en garantía una cantidad de dinero en manos del abogado de confianza de las partes, o del notario ante el que, por ejemplo, se otorga el contrato cuyo precio se deposita en garantía[72].

Además de que estos u otros profesionales actúen como depositarios en garantía, hay que hacer mención a la posibilidad de que dicha cualidad la ostente una entidad bancaria. Esto podría parecer natural puesto que los bancos encarnan el prototipo de depositario solvente a quien confiar una suma de dinero, pero encuentra dificultades prácticas y técnicas. En primer lugar, si se afecta en garantía un depósito bancario previamente constituido, ha de afirmarse, conforme a la doctrina mayoritaria, que la garantía reviste la forma de una prenda de créditos. En segundo lugar, cabría plantear la posibilidad de que el deudor depositara el dinero en una entidad crediticia, para garantizar una obligación con un acreedor, asumiendo la depositaria una obligación alternativa de restitución del dinero bien al depositante bien al acreedor, según se cumpla o no la obligación garantizada, y con el mismo vencimiento que dicha obligación principal. La primera dificultad que presenta es que la causa de la transmisión de la propiedad es el depósito bancario, no el depósito en garantía, lo que colisiona con el tenor literal de la ley 474 del Fuero Nuevo, aunque esta dificultad puede soslayarse si el dinero se deposita simultáneamente a la constitución del depósito en garantía, y con el mismo vencimiento que la obligación principal, pues en este caso prevalece la causa de garantía sobre la causa de custodia del depósito irregular. Otra dificultad es la de configurar un depósito bancario con sujeto alternativo a la restitución, aunque podría constituirse como un depósito con varios depositantes, toda vez que la cuenta ha de estar bloqueada para impedir la disponibilidad de los fondos por parte de aquellos. Hay que recordar que la posición del depositario en garantía es más próxima a la de un mandatario que a la de un depositario irregular, por lo que este tipo de intervención es, en principio, ajena a las habituales de cualquier entidad bancaria y será infrecuente que asuman una obligación de este tipo[73].

Tampoco hay que olvidar que el depósito en garantía en manos de tercero no confiere una verdadera garantía real oponible *erga omnes*, por lo que si el acreedor quiere gozar de una auténtica garantía, deberá acudir a otro tipo de figura, especialmente a la prenda de créditos.

B) La obligación de entrega del depositario en garantía

El depositario en garantía adquiere una obligación de entregar el *tantundem* a un sujeto alternativamente determinado, según el cumplimiento o no de la obligación principal. Será conveniente entonces establecer en el contrato la forma en que ha de acreditarse al depositario el cumplimiento de dicha obligación, y quién ha de hacerlo, si el acreedor, el deudor, o ambos conjuntamente (por ejemplo mediante una notificación firmada por ambos). A este respecto, al depositario no deberá exigírsele un especial esfuerzo en orden a comprobar el cumplimiento de la obligación, a no ser que se haya pactado así. También

es posible establecer que el sujeto al que debe entregar el depositario sea determinado por un tercero (por ejemplo un árbitro), o de acuerdo con el resultado de otra operación (por ejemplo, los resultados de la auditoría de una empresa).

Es aconsejable también que el contrato prevea las posibles situaciones que puedan afectar a la obligación de restitución del depósito en garantía, que pueden ser muy variadas y dar origen a numerosos conflictos, por ejemplo, en caso de desacuerdo entre acreedor y deudor sobre el incumplimiento de la obligación principal, sobre el cumplimiento defectuoso, la incursión en mora del deudor, etc. Una de las cuestiones que la Compilación deja al pacto de las partes es, precisamente, la de prever estas vicisitudes y surge el interrogante de si, en defecto de pacto, el depositario en garantía puede o incluso debe negarse a restituir el *tantundem* en caso de desacuerdo entre acreedor y deudor. En principio, dado que lo que se pretende con la transmisión de la propiedad al depositario en garantía es el aseguramiento de la obligación principal, se considera más acorde con esta finalidad que el depositario no haga entrega del *tantundem* en tanto se resuelva sobre el incumplimiento y se determine definitivamente a quién corresponde la restitución[74].

C) Vicisitudes del depósito en garantía en manos de tercero

La circunstancia de que el dinero o las cosas fungibles se adquieran por un tercero, además de complicar las relaciones entre los intervinientes en el depósito en garantía, da lugar a circunstancias que no se producen cuando es el acreedor el que adquiere la propiedad. Pueden distinguirse en este sentido diversas situaciones.

Ante el incumplimiento de la obligación principal por el deudor, el acreedor puede optar por reclamar al depositario en garantía la entrega del *tantundem* o reclamar al deudor el cumplimiento de la obligación *in natura*[75]*:*

- Si el acreedor reclama al depositario en garantía, este a su vez puede cumplir o no con su obligación. En caso afirmativo, la obligación principal se extinguirá en la medida en que su valor sea cubierto por el valor de lo entregado en garantía y el depósito en garantía quedará extinguido[76]. En cambio, si el depositario en garantía no entrega el *tantundem* al acreedor, este podrá reclamarle judicialmente su entrega.
- Si el acreedor reclama al deudor, en este caso el deudor debe proceder al cumplimiento de la obligación, y el depositario en garantía debe devolver el dinero al depositante, pues carece de causa para retener lo depositado en garantía.

Ante el cumplimiento de la obligación principal por el deudor, el depositario ha de restituir el *tantundem* al depositante en garantía. En caso de que no lo

hiciera, este podría reclamarle judicialmente el cumplimiento de su obligación genérica de restituir el *tantundem*, aunque su crédito tiene carácter ordinario, sin privilegio alguno (salvo el del acreedor quirografario, en su caso)[77].

Ante el concurso del depositario en garantía, si se produjera durante la fase de seguridad de la garantía, los bienes depositados formarían parte de la masa activa del concurso. En este caso, sería necesario esperar al vencimiento y cumplimiento o no de la obligación principal para determinar quién es el titular del crédito a la restitución a cargo del depositario, que podrá reclamar su crédito en el concurso, como un crédito ordinario y no privilegiado.

VI. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 474 DE LA COMPILACIÓN

Saber cuándo un depósito en garantía se rige por el Derecho Civil navarro y no por el Derecho común no tendría mayor trascendencia si en este se reconocieran los efectos propios de la prenda irregular. Sin embargo, en algunas ocasiones a la entrega de dinero en garantía al acreedor se le ha negado carácter real (JORDANO FRAGA, 1990, 309; GUILARTE ZAPATERO, 1990, 508), o se ha reconducido a la prenda de créditos, con la consecuencia de resultarle aplicable su régimen propio (que exige notificación al deudor cedido y otorgamiento de escritura pública, mientras que el depósito en garantía exige únicamente la entrega). Así pues, se ha de determinar cuándo resulta aplicable el Derecho navarro, de acuerdo con las normas que resuelven los conflictos de Derecho interregionales.

Cuando el depósito en garantía se haya celebrado entre personas físicas, y teniendo en cuenta la constitución mediante contrato, por ser la opción más habitual, se habrán de tener en cuenta los criterios de determinación de la ley aplicable recogidos en el artículo 10.5 del Código Civil (de aplicación por remisión del art. 16.1 del Código Civil), así que en defecto de sumisión expresa al Derecho navarro, se aplicará este si ambos contratantes ostentan la vecindad civil navarra; subsidiariamente si ambos tienen su residencia habitual en Navarra y en su defecto, cuando sea el lugar de celebración del contrato. Si el depósito en garantía se celebra en manos de tercero, los criterios de la vecindad civil o la residencia habitual comunes han de entenderse referidos a todos los intervinientes (depositante en garantía, depositario en garantía y acreedor).

Cuando uno o varios de los contratantes fueran personas jurídicas, aparece un problema en orden a la determinación de su vecindad civil, pues el Código Civil no contempla dicha cuestión. El Fuero Nuevo, en cambio, establece en su ley 15 que la condición foral navarra de las personas jurídicas se determina por su domicilio, aunque el acomodo de esta norma con el artículo 149.1.8 CE ha sido puesto en entredicho por parte de la doctrina (RUBIO TORRANO, 2002, 49), mientras que otros autores no se plantean el conflicto competencial en torno

a dicha ley (DE PABLO CONTRERAS, 1990, p. 310; DURÁN RIVACOBA, 1993, pp. 80-82)[78].

El domicilio se determina, para algunos autores, de acuerdo con lo que disponga la norma reguladora del tipo de persona jurídica y, en su defecto, con arreglo a los criterios del artículo 41 del Código Civil (DE PABLO CONTRERAS, 1990, 310-312; DURÁN RIVACOBA, 1993, 80-81), aunque RUBIO TORRANO (2002, 49) propone complementar el criterio del domicilio con la exigencia de que la persona jurídica se haya constituido conforme a las normas jurídicas de la Comunidad Foral, que ostenta competencia exclusiva sobre asociaciones (art. 44.19 LORAFNA) y fundaciones (art. 44.20 LORAFNA)[79].

Por tanto, cuando una o varios de los intervinientes en el depósito en garantía sea una persona jurídica, a falta de sometimiento expreso al Fuero Nuevo (art. 10.5 del Código Civil), se aplicará el mismo cuando todos ellos ostenten vecindad civil navarra, por tener allí su domicilio[80]. En defecto de los criterios anteriores, se aplicará el Fuero Nuevo cuando el contrato se hubiera celebrado en Navarra.

El panorama expuesto es inseguro en lo que se refiere a las personas jurídicas y, sin embargo, frecuentemente serán parte en el depósito en garantía. Es de resaltar que en los dos únicos supuestos en los que se ha estimado judicialmente la existencia de un depósito en garantía, todos los contratantes eran personas jurídicas[81], no habiéndose planteado expresamente en ninguna de las resoluciones problemas en cuanto a la aplicabilidad de la Compilación, en lo que con toda probabilidad influye el hecho de que el depósito en garantía sea atípico en el Derecho común[82].

VII. CONCLUSIONES

I. La ley 474 del Fuero Nuevo es la única norma en nuestro país que recoge, con carácter general, la garantía sobre dinero o bienes fungibles, lo que la hace interesante desde el punto de vista de su posible extensión al ámbito del Derecho común. Además, presenta la peculiaridad, frente a los ordenamientos de nuestro entorno que prevén la prenda irregular, de contemplar la entrega de dinero o bienes fungibles no solo al acreedor (primer párrafo de la ley) sino también a un tercero (segundo párrafo).

II. El depósito en garantía en manos del acreedor (ley 474.I FN), conocido en otros ordenamientos como prenda irregular, es una figura de garantía real a tener en cuenta en el conjunto del tráfico jurídico, gracias a su ejecución rápida y sin costes. Supone un mecanismo sencillo, consistente en que el deudor entrega una cantidad de dinero o bienes fungibles a su acreedor, para garantía de una obligación, adquiriendo este su propiedad. Ante el incumplimiento de la obligación principal, dicho acreedor podrá imputar el valor de lo recibido

a la satisfacción de la obligación principal, debiendo restituir el exceso, si lo hubiere, al deudor, por lo que no conculca la prohibición del pacto comisorio. En este sentido, el depósito en garantía adelanta la satisfacción coactiva para el acreedor, que no necesita acudir a un procedimiento judicial, ni extrajudicial, para realizar el objeto de la garantía. Además, al transmitir la propiedad sobre el dinero o bienes fungibles al acreedor, la garantía tampoco se ve afectada por el posible concurso del deudor.

III. Es importante, a efectos de su mayor utilización práctica, la diferenciación entre el depósito en garantía en manos del acreedor (ley 474.I FN) y la prenda de créditos (art. 90.1.6.º LC), sobre todo cuando el acreedor garantizado es una entidad bancaria. Si el dinero hubiera sido entregado previamente al propio banco acreedor por otro título, frecuentemente un depósito irregular, es cierto que el deudor afectará en garantía el crédito a la restitución nacido del depósito irregular, pues es el único activo que se encuentra en su patrimonio. Sin embargo, cuando el dinero es depositado simultáneamente a la constitución de la garantía, con el mismo plazo de vencimiento que la obligación garantizada y sin posibilidad del deudor de recuperar la suma hasta dicho vencimiento, la garantía reviste la forma de depósito en garantía, no de prenda de créditos, tal y como entendió el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 7 de mayo de 1999. La consecuencia es la aplicación del régimen del depósito en garantía (ley 474 FN), que no exige formalidad alguna para su constitución (aunque sea conveniente su celebración por escrito), ni notificación al deudor cedido, y el reconocimiento al acreedor de exclusividad para cobrarse sobre el valor del dinero o bienes fungibles entregados en garantía, con exclusión de cualquier otro acreedor del depositante en garantía.

IV. Aunque en el depósito en garantía en manos del acreedor exista una transmisión de la propiedad con causa de garantía, en el ordenamiento navarro la fiducia *cum creditore* es una figura típica (ley 466 FN) que presenta diferencias respecto al depósito en garantía, principalmente en lo que se refiere a la realización de ambas, pues mientras en la fiducia es posible añadir un pacto comisorio y es necesario que el deudor incurra en mora, en el depósito en garantía no.

Ha de concluirse, pues, que el depósito en garantía en manos del acreedor (ley 474.I FN) constituye, en el ordenamiento navarro, una garantía real con sustantividad propia.

III. Por su parte, el depósito en garantía en manos de tercero (ley 474. II FN) no consigue la afectación del dinero entregado a la satisfacción de la obligación principal, pues el dinero pasa a formar parte del patrimonio del depositario en garantía, pudiendo este disponer del mismo o ser embargado por otros acreedores del depositario en garantía, sin que el acreedor tenga ningún medio especial para impedirlo o para hacer valer su derecho de crédito en caso de insolvencia del depositario.

No obstante, aunque no constituya una garantía real, lo cierto es que para el acreedor produce el mismo efecto que las garantías personales, pues el acreedor insatisfecho podrá dirigirse contra el patrimonio del depositario en garantía, además de contra el patrimonio de su deudor original, efecto que no debe ser despreciado en absoluto. El depositario en garantía será elegido de común acuerdo por acreedor y deudor, en atención a su solvencia y rectitud, por lo que aquel obtendrá mayor seguridad de ver satisfecho el crédito asegurado, al tiempo que este se asegura la restitución del *tantundem* en caso de cumplimiento de la obligación principal, lo que la hace atractiva para ambas partes.

INDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 24 de octubre de 2014 *(RJ* 2014, 5836).
- STS de 13 de julio de 2011 *(RJ* 2011, 5121).
- STS (Sala Segunda) de 24 de octubre de 2012.
- STS de 20 de marzo de 2009 *(RJ* 2009, 1994).
- STS de 10 de marzo de 2004 *(RJ* 2004, 1821).
- STS de 20 de diciembre de 2004 *(RJ* 2004, 8130).
- STS de 22 de diciembre de 2003 *(RJ* 2004, 421).
- STS de 25 de junio de 2001 *(RJ* 2001, 5080).
- STS de 13 de noviembre de 1999 *(RJ* 1999, 9046).
- STS de 7 de octubre de 1997 *(RJ* 1997, 7101).
- STS de 19 de abril de 1997 *(RJ* 1997, 3429).
- STSJ Navarra de 26 de octubre de 1999 *(RJ* 1999, 9743).
- STSJ de Navarra de 3 de marzo de 1994 *(RJ* 1994, 2115).
- STSJ de Navarra de 22 de enero de 1994 *(RJ* 1994, 578).
- SAP Navarra de 22 de noviembre de 2013 *(JUR* 2014, 174062).
- SAP Navarra de 19 de diciembre de 2011 *(JUR* 2013, 318037).
- SAP Navarra de 30 de noviembre de 2011 *(JUR* 2013, 318628).
- SAP Navarra de 4 de diciembre de 2008 *(AC* 2009, 878).
- AAP Navarra de 7 de mayo de 1999 *(AC* 1999, 1073).

BIBLIOGRAFÍA

AMORÓS GUARDIOLA, M. (1972). La garantía patrimonial y sus formas. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* 561-592.

ANELLI, F. (1996). *L'Alienazione in funzione di garanzia*. Milano: Dott. A. Giuffrè.

CÁMARA LAPUENTE, S. (1992). La fiducia de garantía en Navarra. *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 14, 163-176, disponible en www.navarra.es/home_es/Navarra/Derecho+navarra/Revista+Juridica+de+navarra/Sumarios/sumario14.htm

CARRASCO PERERA, A. (2008). *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, 2.ª ed. Cizur Menor: Thomson Civitas.

— (2015). La prenda de créditos. En: A. Carrasco, E. Cordero, M.J. Marín, *Tratado de los derechos de garantía*. Tomo II, 3.ª edición. Cizur Menor: Aranzadi (223-294).

CROCQ, P. (1995). *Propriété et garantie*. Paris: LGDJ.

CRUZ MORENO, M. (1995). *La prenda irregular*. Madrid: Centro de Estudios Registrales.

DALMARTELLO, A. (1950). Il pegno irregolare (o cauzione in senso stretto*). Rivista Banca, Borsa, Títoli di credito*, I, 315-347.

— (1965). Pegno irregulare. En: *Novissimo Digesto Italiano*, V. XII, Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, (798-807).

DE PABLO CONTRERAS, P. (1990). *Curso de Derecho Civil Navarro, Tomo I. Introducción. Parte general*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra S.A.

DE SIMONE, M. (1956). *Los negocios irregulares*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

Derecho Foral de Navarra. Derecho Privado (Recopilación Privada) (1971). Pamplona: Diputación Foral de Navarra, Institución Príncipe de Viana.

DÍAZ BRITO, F. J. (2003). Prenda irregular con intervención de tercero: ¿garantía real? En: A. Cabanillas (dir.) *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*. Madrid: Civitas (3685-3698).

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2012). *Sistema de Derecho Civil Vol. I,* 12.ª edición, Madrid: Tecnos.

DORAL GARCÍA, J. A. (2002). Comentarios a las leyes 463-474 FN. En: M. Albaladejo (dir.) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXXVIII, Vol. 1. Madrid: Ed. de Derecho Reunidas (864-942).

DURÁN RIVACOBA, R. (1993). Comentario a las leyes 11-16 FN. En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXXV, Vol. 2. Madrid: Ed. de Derecho Reunidas (1-103).

EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A. (2000). El Derecho Patrimonial del Fuero Nuevo de Navarra. En: R. Bercovitz y J. Martínez-Simancas, *Derechos Civiles de España*, vol. 7. Madrid: Aranzadi (4145-4236).

FERRANDIS VILELLA, J. (1960). Introducción al estudio de los derechos reales de garantía. *Anuario de Derecho Civil*, vol. 13, núm. 1, 37-62, disponible en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/anuario.php?id=C_1960_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL

FÍNEZ RATÓN, J.M. (1994). *Garantías sobre cuentas y depósitos bancarios: la prenda de créditos*. Barcelona: J. M. Bosch.

GARRIGUES Y DÍAZ-CAÑABATE, J. (1932). El depósito irregular y su aplicación en el Derecho mercantil (historia y derecho comparado). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, números 86, 87, 88, 89, 90, 91 y 92.

GATTI, S. (2000) Pegno irregolare e fallimento del debitore. *Rivista del Diritto Commerciale*, fascicolo 3-6, disponible en http://www.piccin.it/giorgio/rdc/EstrattoWeb.pdf.

GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J. L. (2002). Garantías reales en Navarra. *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 33.2, 25-38, disponible en www.navarra.es/home_es/Navarra/Derecho+navarra/Revista+Juridica+de+navarra/Sumarios/sumario33b.htm

GRISI, G. (1999). *Il deposito in funzione di garanzia*. Parma: Dott. A, Giuffrè Editore.

GUILARTE ZAPATERO, V. (1990). Artículos 1857 a 1873 del Código Civil. En: M. Albaladejo (dir.) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXIII. Madrid: Ed. de Derecho Reunidas (440-567).

HUALDE MANSO, M. T. (2014). Causa, función y perversión del depósito bancario a la vista. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 133, 127-170.

JORDANO FRAGA, F. (1990). Prenda regular, prenda irregular y prenda de crédito. *Anuario de Derecho Civil*, vol. 43, núm. 1, 305-327, disponible en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1990-10030500327_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Sentencias_comentadas:_Prenda_regular,_prenda_irregular_y_prenda_de_cr%E9dito

LACRUZ BERDEJO, J.L. (1981). La causa en los contratos de garantía. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 544, 709-756.

LACRUZ BERDEJO, J.L., et al. (1991) *Elementos de Derecho Civil III. 2,* 2.ª edición. Madrid: Dykinson.

LARA GONZÁLEZ, R. (2012) Depósito en garantía (un ejemplo normativo desde el Fuero Nuevo de Navarra). *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 125, 153-168.

MOLLE, G. (1981). I contratti bancari. En: A. Cicu, F. Messineo (dir.), *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Volumen XXXV T. 1, 4.ª edizione. Milano: Giuffrè Editore.

MORAIS ANTUNES, J. T. (2007). *Do contrato de depósito escrow*. Coimbra: Almedina.

OZCÁRIZ MARCO, F. (1997). *El contrato de depósito (estudio de la obligación de guarda),* Barcelona: Jose María Bosch.

— (2002). Comentario a las leyes 463-474 FN. En: E. Rubio (dir.), *Comentarios al Fuero Nuevo,* Cizur Menor: Editorial Aranzadi (1557-1598).

— (2002). Comentario a las leyes 546-555 FN. En: E. Rubio (dir.), *Comentarios al Fuero Nuevo,* Cizur Menor: Editorial Aranzadi (1858 a 1884).

PARDINAS SANZ, J.R. (2002). Comentario a la ley 546-554 FN. En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones,* Tomo XXXVIII, Vol. 2. Madrid: ed. de Derecho Reunidas (191-206).

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (2001). *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, 4.ª edición. Madrid: Centro de Estudios Registrales.

PESTANA DE VASCONCELOS, L. M. (2011). Notas sobre o penhor irregular. En: *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, Lisboa: Universidade Católica Editora (365-379).

RAMOS ALVES, H. (2010). *Do penhor*. Coimbra: Almedina.

REALMONTE, F. (1985) Il pegno. En: P. Rescigno (dir.), *Trattato di Diritto Privato, 19 Tutela dei diritti,* Tomo 1. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese (pp. 629-672).

ROMANO MARTÍNEZ, P., FUZETA DA PONTE, P. (2006). *Garantias de cumprimento*, 5.ª edição, Coimbra: Libraria Almedina.

RUBINO, D. (1956). Il pegno. En: F. Vassalli (dir.), *Trattato di Diritto Civile italiano* (2.ª ed). Vol. XIV, tomo primo. Torino: Unione tipografico-editrice torinese.

RUBIO TORRANO, E. (1986). La venta a carta de gracia en el Derecho navarro. *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 2, julio-diciembre, 13-30, disponible en file:///C:/Users/Administrador/Downloads/RJ_02_I_1.pdf

— (2002). Comentario a las leyes 1-10 FN. En: E. Rubio (dir.) *Comentarios al Fuero Nuevo,* Cizur Menor: Editorial Aranzadi (27-44).

— (2002). Comentario a las leyes 475-480 FN. En: E. Rubio (dir.) *Comentarios al Fuero Nuevo,* Cizur Menor: Editorial Aranzadi (pp. 1598-1607).

SABATER BAYLE, E. (2006). Las garantías reales en el Derecho civil navarro. En: M. E. Lauroba (coord.) *Garantías reales mobiliarias en Europa*. Madrid: Marcial Pons (399-414).

SANCHO REBULLIDA, F. A. (1974). El sistema de los derechos reales en el Fuero Nuevo de Navarra. *Anuario de Derecho Civil*, vol. 27, núm. 1, 65-90, disponible en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1974-10006500090_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_El_sistema_de_los_derechos_reales_en_el_Fuero_Nuevo_de_Navarra

SIMONETTO, E. (1958). *Los contratos de crédito*. Barcelona: J.M.ª Bosch Editor.

TAPIA HERMIDA, A. J. (1996). Pignoración de saldos de depósitos bancarios. En: C. Ubaldo (coord.), *Tratado de garantías en la contratación mercantil*. Madrid: Editorial Civitas (851-918).

VAQUER ALOY, A. (1996). Algunas consideraciones sobre la vecindad civil de las personas jurídica. *Revista de Derecho Privado*, septiembre, 615-634.

VIÑAS MEY, J. (1925). La prenda irregular. *Revista de Derecho Privado*, 342-350.

VITTORIA, D. (1990). Pegno irregolare. En: *Enciclopedia Giuridica*, V. XXII, Roma: Istituto Della Enciclopedia Italiana.

NOTAS

[1] Entre los primeros se encuentran: el Código italiano de 1942, que regula la prenda irregular en su artículo 1851; la caución en dinero del Código portugués de 1966 (arts. 623 y 666.2); o la prenda sobre dinero del Código holandés de 1992 (art. 3:255). Entre los que la han introducido recientemente están el Código Civil francés (art. 2341) y el Código Civil belga (art. 59, de acuerdo con la Ley de 11 de julio de 2013, de modificación del Código Civil en materia de garantías).

[2] Señaladamente, la «fianza» del artículo 36 de la Ley 29/1994 de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. En el sector de los servicios de telecomunicación, se prevé expresamente que los operadores pueden exigir al usuario un «depósito de garantía» en ciertas circunstancias, como la existencia de impagos anteriores (art. 6 del Real Decreto 899/2009 de 22 de mayo, por el que se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas). En el sector energético se prevé el «depósito de garantía» en favor del distribuidor de energía eléctrica (art. 79.7 del Real Decreto 1955/2000 de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica).

[3] En nuestro país se contempla en el artículo 7.1.a del Capítulo II,Título I del Real Decreto 5/2005 de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.

[4] Un estudio exhaustivo del depósito en garantía puede consultarse en la tesis doctoral: ELIZARI URTASUN.L. (2015). «*El depósito en garantía (estudio de la ley 474 del Fuero Nuevo)*», disponible en: http://academica-e.unavarra.es/handle/2454/14788.

[5] La nota a la ley 486 de la Recopilación Privada (*Derecho Foral de Navarra. Derecho Privado [Recopilación Privada]*, p. 255) parece sugerir lo contrario, al indicar Fuero General 3,11,1. Sin embargo, la disposición contenida en F.G. 3,11,1 (a la que se puede añadir F.G. 3,11,2) en realidad niega al depositario la facultad de retención posesoria sobre el objeto del contrato de depósito, aunque tuviera un crédito frente al depositante.

Del estudio del proceso de incorporación del depósito en garantía en la Recopilación Privada y de las influencias de los ordenamientos extranjeros se concluye que dicha figura se inspira en el *pegno irregolare* previsto en el artículo 1851 del *Codice Civile* italiano de 1942. La influencia italiana ya había sido apuntada por LARA GONZÁLEZ (2012, p. 158).

[6] Sobre la causa de garantía de la ley 474 FN véase OZCÁRIZ MARCO, (2002, p, 1596), SABATER BAYLE, (2006, pp. 408-409), DORAL GARCÍA (2002, pp. 932 y 935).

[7] Para el Fuero Nuevo son cosas fungibles aquellas determinadas por la cantidad del género a que pertenecen (ley 352 FN). Se identifican así con lo que en el ámbito del Código Civil se definen como cosas genéricas. El artículo 337 del Código Civil por su parte confunde la noción de cosa fungible con la de consumible, pero se entiende por cosas fungibles aquellas que se tratan en el tráfico como cosas homogéneas y equivalentes, por lo que son sustituibles entre sí (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2012, p. 401).

[8] Los autores que se han ocupado del depósito en garantía no han cuestionado, sin embargo, la transmisión de la propiedad al depositario en garantía distinto del acreedor. Véase LARA GONZÁLEZ, (2012), OZCÁRIZ MARCO, (2002, p. 1597), SABATER BAYLE, (2006, pp. 408-409).

[9] Podría aventurarse que en realidad la disposición pretende que entre el depositante en garantía y el depositario se constituya un depósito ordinario, debiendo este guardar el dinero como si se tratara de un bien específico. Sin embargo, la finalidad de guarda propia de un depósito no explica la accesoriedad del depósito en garantía respecto a la obligación principal, ni que el depositario deba restituir al vencimiento de esta y no a requerimiento del depositante. Además, si el depositario en garantía tuviera que guardar y restituir el mismo dinero recibido, nada diferenciaría la figura de la ley 474.II de la figura de la ley 548.1.a) de la Compilación.

Por otro lado, si se le reconoce auténtica relevancia a la función de garantía al tiempo que se afirma que el depositario no adquiere la propiedad de los bienes, se estaría ante una prenda ordinaria en manos de tercero, asumiendo este una posición similar a la de un depositario. Sin embargo, esta opción se considera también descartable. Además de no existir individualización de los bienes, el primer párrafo de la ley contemplaría, como se detallará más adelante, la figura de la prenda irregular, pues el efecto traslativo de la propiedad está expresamente previsto en él, mientras que el segundo párrafo contemplaría una prenda ordinaria en manos de tercero. La Compilación, sin embargo, no menciona expresamente la prenda ordinaria en manos de tercero, siendo extraña su previsión únicamente para bienes fungibles, y ubicada además en el segundo párrafo de una disposición que se dedica a la prenda irregular.

[10] No debe confundirse con aquellos supuestos en los que las cantidades se han transferido al patrimonio del depositario en garantía previamente y en virtud de otro contrato, como un depósito irregular. Ver 4.B.

[11] Es el supuesto resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 22 de noviembre de 2013 *(JUR* 2014, 174062), en el que el dueño de la obra se negó a restituir las cantidades depositadas en garantía (el contrato precisamente utiliza la denominación de «depósito en garantía») a la finalización de la obra, ante la existencia de defectos. La Audiencia no aplica la ley 474, pero sí justifica la retención del dinero por parte del dueño de la obra, ante la existencia de defectos en la misma.

El Tribunal Supremo trató un caso similar en su Sentencia de 13 de julio de 2011 *(RJ* 2011, 5121), comparando el supuesto con el de la fianza arrendaticia, y justificando la no devolución de las cantidades en la función del depósito de asegurar el cumplimiento y buena ejecución de los trabajos, y su utilización para reparar dichos defectos.

[12] LARA GONZÁLEZ (2012, p. 159) apunta que aunque la guarda constituya el fin esencial del depósito, ello no excluye que el depósito cumpla una finalidad «ulterior o accesoria» de garantía, siempre que la guarda subsista como finalidad principal. EGUSQUIZA BALMASEDA (2000, p. 4189) menciona sucintamente que «*dentro de las relaciones contractuales, utilizadas como medio de garantía, se ha recogido al depósito con esa finalidad*». Recientemente, HUALDE MANSO (2014, pp. 151-152) parece adherirse a la consideración del depósito en garantía como contrato de depósito.

[13] Sobre estos, véase GRISI (1999).

[14] En el Fuero Nuevo el depósito irregular constituye un contrato de custodia, los cuales se caracterizan por tener como finalidad primordial la guarda, de acuerdo con OZCÁRIZ MARCO (2002, pp. 1858-1859).

En el Derecho común, sobre la causa de guarda del depósito irregular, véase GARRIGUES Y DÍAZ-CAÑABATE, (1932, p. 569).

[15] Por ello hay autores que entienden que la denominación «depósito» no es la más adecuada para la figura del primer párrafo de la ley 474 del Fuero Nuevo. Así, OZCÁRIZ MARCO (2002, pp. 1595-1596) y SABATER BAYLE (2006, p. 408).

[16] Por la remisión de la ley 554 FN a ciertas leyes relativas al mutuo, resulta aplicable al depósito irregular la ley 534, lo que para OZCÁRIZ MARCO (2002, p. 1885) supone que si se ha convenido un plazo en el depósito irregular el depositante no puede solicitar la restitución antes del transcurso de dicho plazo, aunque ello resulta contrario a la configuración habitual del depósito irregular. En nuestra opinión, si se interpreta estrictamente el tenor literal de la ley 534 de la Compilación, cuando en el depósito irregular no se ha establecido plazo, el depositante podrá solicitar la restitución en cualquier momento, pues la citada ley lo que prevé es un préstamo «a la vista». En cuanto a los depósitos irregulares en los que se hubiera convenido un plazo, en realidad la ley 534 no contempla dicho supuesto, por lo que resultaría de aplicación la ley 548 de la Compilación, aplicable al depósito irregular en cuanto contrato de custodia.

[17] Afirma la Sentencia: *«(…) nos situamos de lleno en la figura jurídica del «depósito en garantía» expresamente contemplado en la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, que puede conllevar el supuesto de una relación jurídica, como tantas otras, de estructura triangular, relaciones todas ellas donde discurren paralelamente su atractivo interés de análisis y su inagotable fuente de problemas. Cabe advertir que, al amparo de la ley transcrita, el depositante puede ser el propio deudor o un tercero —como es el supuesto que nos ocupa—; nada en el texto legal se opone a esta posibilidad que, para el caso del dinero, suele ofrecer cierta habitualidad como garantía de contratos bancarios».*

[18] Establece: *«La sentencia recurrida no dice que haya habido un contrato expreso de depósito en garantía entre la Caja y el Gobierno de Navarra, sino que la cantidad litigiosa se ha depositado en garantía de una línea de anticipo y descuento de facturas (…) Y en consecuencia cualquiera que sea la calificación que merezca el depósito constituido, y cualquiera que sea la calificación que se dé a la relación del Gobierno de Navarra con la Caja, y aunque pudiera dudarse su calificación como depósito en garantía al no existir contrato expreso en ese sentido, resulta en todo caso indubitado que la Caja no es tercero ajeno a una relación entre Saizar y el Gobierno, sino que hay una relación negocial de mediación de la Caja en la inversión de unos fondos depositados por el Gobierno de Navarra (…) depósito que se efectúa para garantizar una línea de descuento y anticipo de facturas, y existe una vinculación de la Caja con el Gobierno de Navarra en orden al correcto empleo de estos fondos, y en justificar que los fondos se invierten con la finalidad para la que fueron depositados».*

[19] Para OZCÁRIZ MARCO (2002, p. 1559) la referencia a la fianza está «hasta cierto punto» fuera de lugar, pues en la mente del legislador estaba el tratamiento unitario de todas las garantías, aunque finalmente primó el interés en destacar el origen estipulatorio de la fianza.

[20] Se refieren, genéricamente, a la ley 474, pero ambas enjuician un supuesto de depósito en garantía en manos del acreedor (ley 474.I FN). Afirma la primera de ellas: *«(…) a nuestro entender es absolutamente claro que la garantía real es perfectamente válida y eficaz. Recordaremos que en el Derecho Civil de esta Comunidad Foral —claro está, también en el Derecho Común, pero sin una regulación normativa específica—, "…para garantía del cumplimiento de una obligación, puede constituirse a favor del acreedor un depósito de dinero…", Ley 474 del Fuero Nuevo…».*

[21] Al respecto afirmó LACRUZ (1991, p. 428) que «*Resulta dudoso si esta segunda figura es verdaderamente un derecho real o solo personal*» (las ediciones posteriores eliminaron la referencia al Derecho Civil navarro).

[22] Entre las garantías aparentes incluyen el *escrow*, las *comfort letters*, la cláusula *pari passu*, etc. CARRASCO PERERA (2015, p. 294) reconoce este mismo efecto en la figura del *escrow*, en el que no existe nunca una prenda irregular sobre el dinero ni garantía real alguna sino que, entre las partes, la garantía para cada una de ellas es que el crédito contra el depositario solo nace si se realiza la contingencia que aparece como presupuesto de este derecho, pero sobre el dinero depositado no ostentan ninguna preferencia frente al resto de acreedores del depositario.

[23] Concluye que a pesar de que considera el depósito en garantía en manos de tercero como una figura de garantía personal, su inclusión en el Título dedicado a las garantías reales no sería descabellada, en su opinión, pues el Fuero Nuevo también incluye entre las garantías reales la venta con pacto de retro, que puede tener carácter personal o real, según los casos (obvia que la venta con pacto de retro tiene una doble regulación, en sede de compraventa y en sede de garantías reales, y que solo esta última constituye una garantía).

[24] Frente a la garantía personal más emblemática, la fianza, el depósito en garantía en manos de tercero presenta peculiaridades. En primer lugar, el acreedor puede ir contra el depositario en garantía en la medida de lo depositado, no en la cantidad a la que ascienda el importe de la obligación principal incumplida (no obstante también en el seguro de caución o incluso en la fianza, el fiador puede obligarse con un límite cuantitativo). En segundo lugar, hay que tener en cuenta que el depositario en garantía ha recibido previamente del depositante la cantidad de dinero o de cosas fungibles que le puede ser reclamada por el acreedor en caso de incumplimiento de la obligación principal. Por ello en sentido económico, si el depositario en garantía acaba entregando el *tantundem* al acreedor, estará respondiendo con un activo que previamente ha recibido del depositante en garantía, no con un activo de su propio patrimonio, como lo haría un fiador.

[25] Se caracteriza esta por la adquisición de la propiedad sobre el dinero o las cosas fungibles por el acreedor desde el momento en que se le entregan, asumiendo dicho acreedor la obligación de restituir el *tantumdem* si el crédito garantizado es satisfecho a su vencimiento, o imputando el valor del dinero o de las cosas fungibles recibidas a la satisfacción de la obligación principal en caso de incumplimiento del crédito principal. De acuerdo con JORDANO FRAGA (2003, pp. 308-309) y CRUZ MORENO, M. (1995, p. 145).

[26] Establece: «*Y dicho tipo de garantía se corresponde con los presupuestos de la «prenda irregular», figura jurídica esta de construcción doctrinal y jurisprudencial. La causa de este «depósito» es garantizadora o, como se señalaba en la nota a la ley 486 de la Recopilación Privada «se trata de un depósito constituido con el fin de garantía, porque un depósito ordinario no puede convertirse en garantía por voluntad del depositario»*.

[27] A favor de considerar la prenda irregular como modalidad de prenda se han pronunciado: VIÑAS MEY, (1925, p. 342 y sig.), REALMONTE (1985, p. 646), DE SIMONE (1956, pp. 84-86). No obstante, esta posición ha sido mayoritariamente rechazada: JORDANO FRAGA (1990, pp. 308-309), CRUZ MORENO (1995, p. 147), RUBINO (1956, p. 217), CROCQ (1995, pp. 258-259), PESTANA DE VASCONCELOS (2011, p. 367).

[28] En otros ordenamientos, parte de la doctrina ha llegado a idéntica conclusión respecto de la denominada prenda irregular. Para el Derecho italiano, que también prevé legislativamente el *pegno irregolare* (art. 1851 *Codice Civile*): VITTORIA, (1990, p. 1), ANELLI (1996, pp. 265-267). En el Derecho común, CRUZ MORENO (1995, pp. 154-155).

[29] Esto hace superflua la discusión sobre si la fuente de la transmisión de la propiedad es la naturaleza de los bienes o la voluntad de las partes. Aun así, a efectos meramente dialécticos, en nuestra opinión, la adquisición de la propiedad por el acreedor no es consecuencia de la simple naturaleza fungible de los bienes entregados sino de la voluntad de los interesados. La opción por el depósito en garantía supone que las partes asumen todas sus características, incluido el efecto traslativo de la propiedad, y pretenden que en caso de incumplimiento del deudor el acreedor depositario en garantía pueda satisfacer su derecho con el valor de lo entregado.

En el ordenamiento italiano es prácticamente unánime la opinión de que la transmisión de la propiedad es consecuencia de la voluntad de las partes y no de la naturaleza de las cosas. Véase DALMARTELLO (1950, p. 330) o ANELLI (1996, pp. 239 y sigs.).

[30] En Italia se han sostenido principalmente dos teorías sobre la causa de transmisión de la propiedad. Por un lado, algunos autores sostuvieron que la misma respondía a una *causa solvendi*, de forma que la entrega de dinero para garantía de una obligación constituiría un pago anticipado por parte del deudor, sujeto a la condición resolutoria del cumplimiento de la obligación. DALMARTELLO (1950, pp. 334-338). Esta teoría se encuentra actualmente superada, básicamente porque si la entrega del dinero o bienes fungibles tuviera carácter solutorio, la relación principal quedaría extinguida desde ese mismo momento y no habría nada que garantizar (VITTORIA, 1990, p. 2). Como alternativa a la teoría de la *causa solvendi,* se propuso que la transmisión de la propiedad responde en realidad a una *causa credendi*, según la cual el constituyente de la prenda irregular pretende hacer surgir en el acreedor una obligación de restitución con la cual poder en el futuro compensar su propio débito, tesis prevalente en la jurisprudencia (REALMONTE, 1985, p. 648; SIMONETTO, 1958, pp. 428 y sigs.). Pero esta teoría tampoco está exenta de críticas. Fundamentalmente, no se puede explicar que el efecto compensatorio no se produzca hasta el momento de vencimiento de la obligación principal, a no ser que el crédito a la restitución se entienda condicionado o sujeto a un *pactum de non petendo*, pero la existencia de estos pactos no se justifica ni en la ley ni en la voluntad de las partes, de acuerdo con CRUZ MORENO (1995, p. 191), GATTI (2000, p. 5) o VITTORIA (1990, p. 3). También ha sido tachada de artificiosa pues el deudor en ningún caso tiene intención de constituir un mutuo ni realiza la entrega para que nazca un crédito con el que más tarde poder compensar, como resalta ANELLI (1996, pp. 253-254).

[31] Supone un problema, tanto para la teoría de la *causa solvendi* como para la teoría de la *causa credendi*. Respectivamente, a imputación se refiere RUBINO (1956, pp. 218-219), aunque no está claro a qué se refiere con este concepto, ni su distinción de la compensación. Opta por la compensación legal MOLLE (1981, p. 364). Para SIMONETTO (1958, p. 432), se trata de compensación convencional porque actúa subordinada a la realización de ciertas circunstancias indicadas en la convención.

CRUZ MORENO (1995, p. 235) trata de evitar evita el problema de la compensación desde el entendimiento de que el crédito restitutorio nace solo en caso de extinción o no nacimiento definitivo del crédito garantizado. En caso contrario, si se produce el incumplimiento de la obligación principal el crédito restitutorio no nace porque se entiende que el acreedor garantizado en lugar de restituir puede aplicar ese valor a la satisfacción de sus intereses. Este desarrollo ha sido compartido parcialmente por RAMOS ALVES (2010, pp. 212-215). A esta posición, no obstante, puede objetarse que no se ve la manera de sostener que el crédito a la restitución no nazca en el momento de la entrega del dinero y haya que esperar al cumplimiento de la obligación principal, y acaba enfrentándose al mismo problema de calificar el mecanismo satisfactivo de la prenda irregular como una «compensación ideal del valor» o una «reducción».

[32] Previamente, Sentencia de la Corte de Casación de 24 de enero de 1997. Foro Italiano I, pp. 752 y sigs.

[33] La utiliza incluso el legislador, al regular la forma de ejecución de las garantías financieras sobre efectivo o sobre créditos (art. 11.1.2 Real Decreto-ley 5/2005).

[34] Así lo han afirmado las Sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra de 30 de noviembre y 19 de diciembre de 2011 (respectivamente, *JUR* 2013, 318628 y *JUR* 2013, 318037). La única cuestión que podría surgir vendría dada por la circunstancia de que la Compilación (ley 468 FN) no exige la constancia de la prenda en escritura pública para su oponibilidad frente a terceros, que sí exige el artículo 1865 del Código Civil. No obstante, en la práctica será conveniente cumplir con dicho requisito, ante el riesgo de que los tribunales navarros entiendan de aplicación la doctrina del Tribunal Supremo respecto a la prenda de créditos, incluidas las exigencias de forma y, además, para asegurar al acreedor pignoraticio el ejercicio de su preferencia (art. 1922.1.2.ª del Código Civil) frente a otros posibles acreedores del deudor. En la práctica, por lo menos bancaria, es generalizada la documentación de las pignoraciones mediante póliza otorgada ante notario. En los supuestos enjuiciados por las

SSAP de Navarra citadas en la nota anterior se habían formalizado los contratos mediante póliza, y por ello no se pronuncian sobre el específico requisito de su constancia documental.

[35] CARRASCO PERERA (2015, pp. 225-226) afirma, respecto a la posibilidad de afectar en garantía depósitos bancarios, con cita de numerosa doctrina a partir de los años ochenta, que «*no existe diferencia entre prenda irregular y prenda de crédito. Aquella se reconduce a esta*». También es la postura del Tribunal Supremo [SSTS de 19 de abril *(RJ* 1997, 3429) y 7 de octubre de 1997 *(RJ* 1997, 7101), 13 de noviembre de 1999 *(RJ* 1999, 9046), y posteriores como las de 25 de junio de 2001 *(RJ* 2001, 5080) o 10 de marzo de 2004 *(RJ* 2004, 1821)].

[36] CARRASCO PERERA (2015, pp. 225-226) sostiene al respecto que «*de todas formas, la cuestión sobre la naturaleza de esta prenda tiene escasa importancia práctica, y los efectos que se pretenden conseguir con una figura pueden ser obtenidos igualmente con la otra. Es verdad que, si se concibe como prenda de créditos, habrá que pactar un vencimiento anticipado del crédito pignorado, cuando el garantizado vence antes que este, para que se pueda realizar el pago por compensación unilateral, mientras en la prenda irregular semejante pacto —se dice— no sería necesario (…); pero también será verdad que si se construye como prenda irregular habrá que pactar una especie de novación del contrato de depósito, que pasará a convertirse en contrato de prenda irregular, y no parece que en el ánimo de los contratantes se halle producir tal novación, sino afectar directamente en garantía el crédito del cliente*».

Es correcta la conclusión de CARRASCO de que tiene escasa trascendencia práctica la calificación como prenda de créditos o como prenda irregular. La diferencia más destacable es que la prenda irregular no requiere de formalidad alguna, mientras la prenda de créditos exige para su oponibilidad frente a terceros la constancia en documento público (art. 1865 del Código Civil), pero en la práctica la afección de depósitos bancarios en garantía se realiza siempre mediante póliza otorgada ante notario. Sin embargo, en nuestro criterio no debe ser menospreciado el hecho de que la preferencia del acreedor pignoraticio puede ceder a favor de ciertos créditos, mientras que el acreedor que dispone de un depósito en garantía goza de exclusividad.

[37] La ley 474 de la Compilación lo expresa estableciendo que «*el acreedor adquiere la propiedad de las cosas… con obligación de restituirlas al depositante, si procediere*,…».

[38] En el supuesto concreto de pignoración de depósitos bancarios el problema último para considerarlo una prenda irregular es la dificultad para los bancos de recibir dinero de sus clientes sin instrumentalizarlo en forma de depósito. El Banco no puede contabilizar el dinero como un fondo propio sujeto a una obligación eventual de restitución. La norma 55 de la Circular del Banco de España 4/2004 de 22 de diciembre de 2004, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros establece que la categoría «Fondos propios» incluye: «*los importes del patrimonio neto que corresponden a aportaciones realizadas por los accionistas o socios, o, en su caso, aportaciones a la dotación fundacional; resultados acumulados reconocidos a través de la cuenta de pérdidas y ganancias, y otros instrumentos de capital que tienen carácter de patrimonio neto permanente. También comprende los importes procedentes de gastos en la emisión o reducción de instrumentos de capital propio, enajenaciones de instrumentos de capital propio y de la reexpresión retroactiva de los estados financieros por errores y cambios de criterio contable*». Ante la imposibilidad de considerar el depósito en garantía como fondo propio, y en lugar de considerarlo como un depósito irregular bancario, el dinero depositado en garantía podría incluirse como «*fianzas y consignaciones en efectivo recibidas cuyo importe se pueda invertir libremente*», comprendido en la partida «depósitos» del pasivo financiero (Norma 54.1.a) de la Circular del Banco de España 4/2004).

[39] En una ocasión se alude a «*la prenda sobre el derecho de crédito documentado en una imposición a plazo fijo*», lo que podría suscitar dudas, pero la propia Audiencia menciona en varias ocasiones que «*en definitiva, tan solo es una prenda sobre un depósito de dinero*», y en ningún momento se refiere al crédito como objeto de la garantía, sino al depósito de dinero. Hay que tener en cuenta que cuando se dicta este Auto por la Audiencia Provincial de Navarra ya había sido admitida la prenda de créditos por el Tribunal Supremo, en sus

Sentencias de 19 de abril y 7 de octubre de 1997, y estas establecieron claramente que lo pignorado era el crédito a la restitución nacido del depósito, no la suma de dinero, a pesar de lo cual la Audiencia califica el negocio como depósito en garantía, no como prenda de créditos.

[40] Sobre la fiducia en garantía y su causa véase RUBIO TORRANO (1986, p. 27), CÁMARA LAPUENTE (1992, p. 173). En la jurisprudencia: SSTSJ de Navarra de 26 de octubre de 1999 *(RJ* 1999, 9743) o 22 de enero de 1994 *(RJ* 1994, 578).

[41] En otros ordenamientos, parte de la doctrina ha considerado que la prenda irregular constituye una transmisión fiduciaria en garantía que recae sobre bienes fungibles. Véase, sin carácter exhaustivo: CROCQ (1995, p. 260), PESTANA DE VASCONCELOS (2011, p. 368), ANELLI (1996, pp. 255 y sigs.).

Pero a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, en Navarra la garantía fiduciaria está expresamente tipificada, por lo que el depósito en garantía se compara con una figura también típica y de contornos bien definidos.

[42] La jurisprudencia navarra mayoritariamente participa de la tesis de la transmisión fiduciaria o formal. Véase la STSJ de Navarra de 3 de marzo de 1994 *(RJ* 1994, 2115).

[43] La Compilación prohíbe el pacto por el que el acreedor se apropie del objeto de la garantía para la prenda (ley 469 FN), pero lo admite sin embargo para la fiducia (ley 466 FN), para la venta a carta de gracia (ley 475 y sig. FN) y para la venta con pacto comisorio (ley 486 FN). Esta extraña combinación, heredada de la tradición, ha sido criticada por algunos autores como OZCÁRIZ MARCO (2002, p. 1561) o SABATER BAYLE, (2006, p. 404). Otros incluso se han mostrado a favor de la extensión de la prohibición del pacto comisorio a todas las garantías reales, como GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE (2002, p. 32) o DORAL GARCÍA (2002, p. 916).

En nuestra opinión, se ha de tener presente que el legislador navarro admite y tipifica algunas garantías reales que se basan precisamente en la transmisión de la propiedad al acreedor y en ellos no se puede hablar técnicamente de pacto comisorio. El problema entonces no es la apropiación del bien por el acreedor, la transferencia misma de la propiedad sino, por un lado, la adecuada valoración del bien objeto de garantía y, por otro, la obligación del acreedor de restituir el eventual exceso de valor al deudor, principios que pueden considerarse presentes en todas las garantías reales en el Fuero Nuevo. En apoyo de esta afirmación hay que tener en cuenta que en la fiducia en garantía, para que el acreedor fiduciario se apropie definitivamente del bien y se produzca la extinción de la obligación garantizada con independencia de que el valor de dicho bien sea superior al de la obligación garantizada, es necesario el pacto expreso (ley 466 FN), por lo que no es un efecto connatural a la fiducia en garantía. Por su parte, en el supuesto de una prenda en la que se hubiera pactado la venta extrajudicial (ley 469 FN), han de aplicarse los principios expuestos de valoración del bien y obligación del acreedor de restituir el exceso, pues en caso contrario se burlaría fácilmente la *ratio* de la prohibición del pacto comisorio. El equilibrio entre el valor de la obligación garantizada y el valor del objeto sobre el que recae la garantía se puede quebrar en algunos casos concretos, porque lo permite expresamente el legislador navarro (por más que pueda considerarse criticable).

[44] En la venta a carta de gracia en función de garantía, considerada como una modalidad de fiducia en garantía, en cambio, no es necesario el pacto sino que el acreedor goza en todos los casos de la facultad de apropiarse definitivamente del bien transmitido en caso de incumplimiento (ley 477 FN).

[45] De la ley 488.I del Fuero Nuevo se desprende que la estipulación puede identificarse con los contratos unilaterales, aunque algunos de los supuestos incluidos como estipulación no encajan en dicha categoría, por lo que resulta «perturbadora» (EGUSQUIZA BALMASEDA, 2000, pp. 4198-4200).

[46] Como es el caso de la «fianza» de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que se ha calificado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia como un supuesto de prenda irregular (véase STS de 22 de diciembre de 2003 *[RJ* 2004, 421]). Entre los autores, por ejemplo, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (2001, p. 67).

[47] Solo deberá cumplirse con una forma determinada cuando se haya convenido expresamente o se trate de un acto que usualmente revista una forma determinada, en cuyo caso se presume *iuris tantum* que las partes han querido esa forma. En este sentido, podría plantearse que, en determinados ámbitos, como el notarial, es habitual plasmar el contrato de depósito en un acta, o al menos por escrito, pudiendo presumirse que las partes han querido esa forma.

[48] En especial se ha de tener en cuenta los principios de adecuada valoración del bien y obligación de restitución del exceso, ya mencionados.

[49] Los contratantes no pueden modificar los elementos esenciales del depósito en garantía sin que el pacto en cuestión salga del ámbito de la ley 474 FN. Por ejemplo, si se entrega dinero o bienes fungibles sin adquisición de la propiedad por el *accipiens* se habrá constituido una prenda regular (ley 468 FN).

[50] Esta es la solución propuesta para la prenda irregular por CRUZ MORENO (1996, p. 178), RUBINO (1956, p. 217), SIMONETTO (1958, p. 435), REALMONTE (1985, p. 646).

[51] Prevé únicamente el préstamo con garantía de valores (arts. 320 y sigs. CCom), y dentro de las garantías personales la fianza mercantil (arts. 439-442 CCom). Otras normas especiales prevén garantías como la prenda de participaciones sociales (Real Decreto Legislativo 1564/1989 de Ley de Sociedades Anónimas). El Anteproyecto de Código de Comercio tampoco contiene un régimen general dedicado a las garantías reales.

[52] La aplicación del régimen de las garantías financieras exige el cumplimiento de ciertos requisitos relacionados con los sujetos, el objeto gravado y la obligación garantizada. Se trata de una norma dictada en ejercicio de la competencia del Estado en materia de legislación mercantil y bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (arts. 149.1.6.ª y 13.ª CE), y que constituye un régimen especial respecto del Derecho común a los efectos previstos en la disposición adicional segunda de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (DA 1.ª RDL 5/2005).

[53] Admite esta posibilidad la SAP de Navarra de 4 de diciembre de 2008.

[54] Se ha admitido la validez de la prenda global siempre que se cumpla el requisito de la determinación de las obligaciones garantizadas, y dada su propia racionalidad desde el punto de vista económico (CARRASCO PERERA, 2015, pp. 271-272, con cita de otros autores).

[55] En contra de la posibilidad de utilizar un depósito bancario previo, TAPIA HERMIDA (1996, pp. 877-878) señala que el efecto traslativo de la propiedad es consecuencia del contrato de depósito, lo que es contrario al concepto mismo de prenda irregular.

[56] El artículo 1851 del *Codice Civile* también se refiere a la constitución de un depósito de dinero, mercancías o títulos, pero, a diferencia de la ley navarra, no alude expresamente a que el efecto traslativo de la propiedad lo produzca la prenda irregular, sino que lo determinante es la concesión al acreedor de facultades de disposición sobre las cosas, o la entrega de las mismas sin individualizar.

[57] La Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2012 entendió que de la prenda irregular surge para el acreedor una obligación de restituir, cuya cuantía depende del resultado de las operaciones entre aquel y el constituyente, por lo que estas deben ser liquidadas y mientras tanto el acreedor no incurre un delito de apropiación indebida.

[58] Excepto si los daños son superiores a la cantidad depositada en garantía, en cuyo caso se solicitaría la ejecución por la diferencia.

[59] Expresamente lo declara el artículo 1851 del *Codice Civile*. Así ocurre en otras garantías, como en la prenda o en la hipoteca.

[60] El carácter fungible de los bienes descarta que puedan existir acreedores anteriores a la constitución del depósito en garantía con privilegio especial sobre esos mismos bienes. De existir acreedores anteriores del depositante en garantía, podrían instar una acción revocatoria si la constitución del depósito en garantía perjudicó sus intereses y se dan todos los requisitos para el ejercicio de dicha acción.

[61] Véase, respecto a estos medios CARRASCO PERERA (2008, pp. 355 y sigs.).

[62] Nótese que en este caso al depositante en garantía le resulta más interesante incumplir la obligación principal para que su importe se compense con el valor de lo entregado en

garantía. Así se ahorra el cumplimiento de la obligación principal, la espera a que el acreedor-depositario en garantía le devuelva el *tantundem,* e incluso el riesgo de que el acreedor no cumpla con dicha obligación.

[63] La Sentencia de la Corte de Casación de 28 de marzo de 1956 admitió la prenda irregular en manos de tercero, configurándola como una prenda irregular a la que se vincula un depósito irregular.

[64] Estos defensores de la prenda irregular en manos de tercero la configuran como una prenda irregular a la que se vincula un depósito irregular, celebrado entre el depositante y el tercero-depositario. En caso de incumplimiento, este deberá entregar el *tantundem* al acreedor, desenvolviéndose entonces el mecanismo propio de la prenda irregular de la misma forma que cuando la entrega se hace desde el principio al acreedor.

[65] Al respecto, véase GRISI (1999) y MORAIS ANTUNES (2007).

Exactamente se alude aquí al depósito mediante el cual el deudor entrega el objeto de la prestación a un tercero, para que este lo entregue a su vez al acreedor o al propio deudor cuando se verifique el acaecimiento de una condición o un evento relativo a un negocio con el que se vincula la citada entrega. Se trata de una figura no prevista legalmente en ninguno de los dos ordenamientos citados.

[66] Consiste en la entrega material de un bien (dinero, documentos u otra cosa mueble) a un *escrow holder* (normalmente un banco o un abogado), con la obligación de este de entregarlo a una tercera persona o al propio *depositor*, según se produzca o no cierto evento específicamente señalado (GRISI, 1999, p. 190). En la práctica anglosajona puede revestir diferente naturaleza, considerándose el *escrow holder* bien como un agente, como un *trustee* o incluso como un árbitro.

[67] En su Sentencia de 20 de diciembre de 2004 *(RJ* 2004, 8130) enjuició un supuesto que había sido calificado por el juzgador de instancia como depósito, consistente en que el comprador de dos inmuebles había depositado parte del precio en manos del asesor inmobiliario interviniente en la operación, quien debía entregarlos al vendedor, si se cumplía la condición de que las viviendas estuvieran libres de cargas para cierta fecha, o restituirlos al comprador en caso contrario.

Como un contrato de mandato al que se añade instrumentalmente un contrato de depósito calificó el Tribunal Supremo el supuesto de hecho de la Sentencia de 20 de marzo de 2009 *(RJ* 2009, 1994). En él, se había convenido que el comprador de unas participaciones de una empresa entregara el precio (mediante pagaré) a un abogado, quien, en función del resultado de una auditoría sobre la empresa, debía entregar el total a la vendedora, o restituir el exceso a la compradora.

Respecto al *escrow*, una reciente Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de octubre de 2014 *(RJ* 2014, 5836), ha descartado que constituya un depósito, resultándole de aplicación las normas del contrato de mandato, situando su función de forma amplia en el «*aseguramiento de la correcta ejecución de la relación negocial proyectada*».

[68] Sobre este particular secuestro convencional, véase OZCÁRIZ MARCO (2002, p. 1871).

[69] Dado que el efecto que produce el depósito en garantía en manos de tercero es el propio de las garantías personales, cabría proponer la aplicación analógica de las normas sobre la fianza. Sin embargo, no tiene sentido aplicar al depósito en garantía el beneficio de excusión (ley 525.II.a) FN), o la acción de regreso contra el deudor principal (ley 525.II.b) FN), ni la moratoria de la ley 529 FN. La posición del depositario se asemeja más a la del mutuatario, o incluso a la de un mandatario que ha de entregar alternativamente al acreedor o al deudor.

[70] Es unilateral o bilateral desde la perspectiva de la retribución o no al depositario, pero desde el punto de vista de los intereses de las partes, cada sujeto interviniente tiene su interés propio y desde esa perspectiva el negocio puede calificarse como trilateral.

[71] De forma análoga, en la prenda ordinaria en manos de tercero el contrato ha de celebrarse entre acreedor y deudor (GUILARTE ZAPATERO, 1990, p. 497).

Sin la intervención del acreedor en la celebración del contrato, existiría una entrega de dinero o bienes fungibles del deudor a un «depositario» con instrucciones de que entregara

el *tantundem* al acreedor o se las restituyera al propio deudor, según se cumpla o no la obligación principal. Pero entonces dicho negocio podría dejarse sin efecto si el deudor y el depositario de los bienes están de acuerdo, frustrando la finalidad de garantía del negocio.

También podría asimilarse a un contrato a favor de tercero, en el que el deudor conviene con el «depositario» que le haga llegar el dinero o bienes fungibles a un tercero en caso de incumplimiento de la obligación principal. Sin embargo, el contrato a favor de tercero exige la aceptación del tercero (el acreedor en este caso), y una vez producida esta aceptación, la estipulación a su favor deviene irrevocable. En el depósito en garantía en manos de tercero, en cambio, el acreedor de la obligación de entrega del depositario puede ser tanto el acreedor como el depositante en garantía, y este no puede revocar el depósito en garantía por su sola voluntad.

[72] El Estatuto General de la Abogacía Española (Real Decreto 658/2001, de 22 de junio) no establece nada respecto a la posibilidad de los abogados de recibir depósitos, ni depósitos en garantía, por lo que serán de aplicación las disposiciones comunes, así como las obligaciones deontológicas correspondientes.

Respecto a los notarios, estos pueden recibir depósitos y plasmarse en un acta notarial, o realizarse sin acta. En el primer supuesto, cuando se realiza un acta de depósito (arts. 216 y 217 del Reglamento Notarial), aunque lo depositado sea dinero en efectivo, el notario debe custodiarlo (aunque sea depositándolo en una cuenta específica) pues no puede obtener rendimiento de las cantidades depositadas, ni realizar ninguna gestión de dichos fondos. Por ello no coincide con el depósito en garantía en manos de tercero (ley 474.II FN), aunque nada impide que un notario acepte un depósito en garantía, o que esta regulación sea tenida en consideración a la hora de redactarlo.

[73] Al menos en la práctica bancaria española actual. Refiriéndose al *escrow*, subrayan MARTÍNEZ ROMANO y FUZETA DA PONTE (2006, pp. 65-66) que es frecuente que la cuenta-*escrow* se abra en una entidad bancaria, que entregará la cantidad depositada al acreedor o deudor, previa presentación de los documentos relativos a la ejecución del contrato principal.

[74] En la práctica, ante la falta de previsión de las consecuencias del desacuerdo entre acreedor y deudor en cuanto al incumplimiento de la obligación principal, el depositario en garantía también podría intentar depositar judicialmente la cantidad, aunque no concurre ninguno de los supuestos legalmente previstos para ello, salvo que el depositario proceda a interponer demanda solicitando que se determine a quién corresponde la restitución (arts. 2 y 9 del Real Decreto 467/2006, de 21 de abril, por el que se regulan los depósitos y consignaciones judiciales en metálico, de efectos o valores).

[75] El deudor ha entregado ya el dinero o los bienes fungibles al depositario, por lo que no tiene sentido que el depósito en garantía tenga el carácter subsidiario propio de la fianza. El hecho de que el acreedor pueda reclamar tanto al deudor como al depositario en garantía hace que la existencia del depósito en garantía no influya en la decisión del deudor de cumplir la obligación principal, pues aunque incumpla puede acabar teniendo que asumir el cumplimiento forzoso, ante la reclamación del acreedor, para luego verse obligado a reclamar al depositario la restitución del depósito en garantía.

[76] Si la garantía supera el valor de la obligación garantizada, el depositario deberá entregar al acreedor la cantidad íntegra, y este restituir el sobrante al deudor, salvo que se haya pactado que el depositario entregue directamente el excedente al deudor.

[77] Un punto conflictivo surge en torno a la determinación exacta del momento en el que el depositario ha de devolver el *tantundem* al depositante en garantía, si cuando el acreedor le reclame al depositante extrajudicialmente, o solo cuando lo haga judicialmente, si ha de esperar a que el acreedor satisfaga su crédito a costa del deudor, etc. y por tanto a partir de qué momento se excluye para el acreedor la posibilidad de ir contra el depositario en garantía.

Por otro lado, en principio el mero cumplimiento del deudor sería suficiente para determinar la obligación del depositario de restituirle el *tantundem*, sin necesidad de requerimiento del depositante, aunque en la práctica será conveniente pactar la manera en que se hace saber al depositario que la obligación principal se ha satisfecho.

[78] VAQUER ALOY (1996, pp. 620-621) afirma efectivamente que Navarra carece de competencia para legislar sobre normas de resolución de conflictos, aunque inmediatamente advierte que la ley 15 de la Compilación no puede ser inconstitucional por causa de extralimitación competencial, por cuanto el Fuero Nuevo es una ley estatal y no ha sido «*objeto de asunción por el legislador autonómico*».

[79] La cuestión es compleja. Las propias normas especiales establecen criterios para su aplicación que no coinciden con la vecindad civil. La ley Foral 10/1996 reguladora del régimen tributario de las fundaciones y de las actividades de patrocinio, se aplica a las fundaciones constituidas con arreglo a la ley 44 de la Compilación (art. 1). El artículo 44.19 de la LORAFNA, por su parte, se refiere a las asociaciones que desarrollen principalmente sus funciones en Navarra. Esto lleva a DURÁN RIVACOBA a afirmar que la condición civil foral de la persona jurídica suele resultar irrelevante. Y puede que lo sea en relación a la capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción (art. 9.11 en relación con el art. 16.1 del Código Civil), pero también hay que reparar en la ley aplicable a los contratos que celebre esta persona jurídica, para lo que la vecindad civil actúa como criterio para determinar la ley aplicable.

[80] En el caso de las personas jurídicas, si la vecindad civil se determina por el domicilio no tiene sentido el tercer punto de conexión del artículo 10.5 del Código Civil, pues la persona jurídica no tendrá una «residencia habitual» diferente al domicilio.

[81] Una sociedad limitada y un banco, en el Auto de la APN de 7 de mayo de 1999; Gobierno de Navarra y Caja de Ahorros de Navarra, además de una Sociedad Anónima Laboral, en el supuesto de la SAP de 4 de diciembre de 2008.

[82] Desde luego la vecindad civil foral plantea problemas, al menos en el caso del banco Central Hispano. El único criterio claro es el de haberse celebrado ambos contratos en Navarra.

(Trabajo recibido el 29-7-2016 y aceptado para su publición el 14-11-2016)

La ejecución de la hipoteca constituida *a non domino*. La tercería de dominio y el procedimiento declarativo*

The foreclosure of a mortgage constituted by a non owner. So-called «tercería de dominio» and declarative procedure

por

MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA
Catedrático de Derecho civil. Universidad de Sevilla

RESUMEN: Se analizan en el presente trabajo los medios procesales de defensa que puede utilizar en Derecho español el verdadero titular de un bien que considere que la hipoteca constituida sobre el mismo no reúne el requisito del artículo 1857.2 del Código Civil, por haberla pactado un no titular. En

* El presente estudio se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación *Sujetos e instrumentos del tráfico privado (VII): Mercado inmobiliario y crisis económica (DER* 2015-66043-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España. Una versión reducida del mismo fue objeto de una ponencia presentada en un Congreso internacional celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia los días 16 y 17 de junio de 2016, y ha sido publicada bajo el título «Consideraciones acerca de la tercería de dominio y el procedimiento declarativo en el supuesto de la hipoteca constituida *a non domino»,* en *El proceso civil ante el nuevo reto de un nuevo panorama socioeconómico* [G. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN y J. SIGÜENZA LÓPEZ (dirs.)], Cizur Menor (Navarra), 2017 (en prensa).

definitiva, se examinan tanto la tercería de dominio como el procedimiento declarativo a los que se refieren los artículos 696 y 698 LEC en sus requisitos, objeto y efectos; todo ello a la luz de los principios constitucionales. Se plantean finalmente unas conclusiones *de lege ferenda* encaminadas a la mejora del sistema.

ABSTRACT: This paper analyses the procedural means of defence that Spanish law provides to the true holder of real property, in those cases in which he considers that the mortgage constituted on the latter belongs to a third party, breaching therefore the requirement of article 1857.2 of the Spanish Civil Code. In short, the so-called «tercería de dominio» (remedy provided to the holder of property rights that are subject to an enforcement proceeding for debts of a third party) and the declaratory procedure referred to in articles 696 and 698 of the Spanish Civil Procedure Act are analysed, particularly regarding its requirements, object and effects; all in the light of the Spanish constitutional principles. Finally, some lege ferenda conclusions are presented, aimed at improving the system

PALABRAS CLAVE: Tercería de dominio en la ejecución hipotecaria. Acción de nulidad de la hipoteca y su anotación preventiva.

KEY WORDS: The so-called «tercería de dominio» in foreclosure proceedings. Invalidity action of the mortgage and its preventive annotation in the Land Registry.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: LA FALTA DE TITULARIDAD DEL HIPOTECANTE Y SU INFLUENCIA EN LA HIPOTECA Y EN SU EJECUCIÓN: 1. ACERCAMIENTO AL TEMA. 2. LOS PRINCIPIOS NORMATIVOS ACERCA DE LA CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA. 3. PROCESO DE EJECUCIÓN Y DEFENSA DEL PROPIETARIO DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.—II. LA RESPUESTA DEL SISTEMA PROCESAL A LA FALTA DE TITULARIDAD DEL HIPOTECANTE: 1. LA REGULACIÓN DE LA TERCERÍA DE DOMINIO Y DE LAS ACCIONES DE NULIDAD DE LA HIPOTECA. 2. LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE LA DEMANDA DE NULIDAD DE LA HIPOTECA Y EL PROBLEMA ESPECÍFICO DE SU CANCELACIÓN.—III. CONCLUSIONES *DE LEGE FERENDA*.—JURISPRUDENCIA CITADA.—BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: LA FALTA DE TITULARIDAD DEL HIPOTECANTE Y SU INFLUENCIA EN LA HIPOTECA Y EN SU EJECUCIÓN

1. Acercamiento al tema

La crisis económica padecida en estos años ha revelado que los principios reguladores de la hipoteca que se habían plasmado en el ordenamiento civil y procesal de España pusieron en exceso el acento en la protección de una de las partes, lo que se ha manifestado perjudicial sobre todo en las relaciones jurídicas entre los sectores más vulnerables y las grandes entidades financieras. Esta realidad convoca, a los juristas, a repensar una nueva forma de plantear estas relaciones, en particular en su dimensión jurisdiccional, que logre restablecer el equilibrio perdido. Sería esta una forma de compensar las omisiones en las que en el pasado haya podido incurrir la doctrina, al no denunciar, o no hacerlo con la suficiente energía, los posibles inconvenientes del sistema, tal como se había concretado en el ordenamiento jurídico.

La ejecución hipotecaria reuniría a nuestro juicio las características necesarias para ser objeto de profundización. En efecto, la utilización de la hipoteca en los últimos decenios ha experimentado un crecimiento enorme, que no ha ido acompañada, más que en tiempos muy recientes, de la efectiva preocupación del legislador por proteger al consumidor, o más en general, a la parte débil de dicho contrato que es el deudor, frente al acreedor profesional. Ciertamente una relación jurídica de garantía necesariamente está construida para favorecer al acreedor, y así debe ser, pero la cuestión sobre la que hay que reflexionar es si esa defensa se ha intensificando en exceso, tanto en la práctica como en la legislación[1].

El proceso de ejecución hipotecaria debe disponer de mecanismos efectivos de defensa a disposición de quienes puedan suscitar algún conflicto relativo a la garantía o al crédito[2]. La temática más estudiada en los últimos tiempos ha sido siempre la protección del consumidor dentro de la hipoteca y en el momento de su ejecución; hemos elegido, en cambio, como objeto de la atención de estas páginas a un sujeto completamente diverso: el propietario del bien hipotecado que debiera defender su derecho frente a una hipoteca mal constituida por serlo *a non domino*. La razón de esta elección es que, a nuestro juicio, además de no haber merecido mucha atención reciente, la normativa que se aplica a este problema también necesitaría ser revisada en algunos aspectos que desarrollaremos porque se encuentra igualmente inclinada hacia una protección excesivamente intensa del acreedor hipotecario. La protección de este último frente a dichos terceros en cierta medida es lógica, por contar el acreedor hipotecario con la específica protección que le brinda el Registro de la Propiedad, pero quizá debe ser reequilibrada para otorgar a los terceros alguna oportunidad real de defensa.

Ya hemos utilizado la perspectiva subjetiva acabada de indicar (relaciones ejecutante/titulares) en una obra anterior, en la que reflexionamos sobre las necesidades de ajuste que la práctica revela como necesarias, tanto en la legislación como en su aplicación, en relación con la defensa de los derechos reales en la ejecución singular[3]. Se trata aquí de estudiar de un modo más breve esta misma problemática de la tercería de dominio pero en relación con la ejecución hipotecaria. Es verdad que nos vamos a encontrar con un campo de estudio aparentemente mucho menos fecundo en la ejecución hipotecaria que en la ordinaria, si evaluáramos las cosas solamente a la luz del número de resoluciones jurisdiccionales que recaen sobre la tercería de dominio tanto en una como en otra. La razón para esta numéricamente divergente litigiosidad nos parece clara: en la ejecución singular la pertenencia del bien al ejecutado se puede fundamentar en variados indicios y signos externos de los que razonablemente se deduzca aquella (cfr. art. 593.1 LEC); mientras que en la garantía hipotecaria dicha pertenencia se ha de basar necesariamente en un título inscrito en el Registro de la Propiedad a favor del hipotecante. Además, este último ha constituido expresamente la hipoteca mediante su consentimiento contractual. Teniendo en cuenta todo esto es obvio que fundamentar una ejecución sobre una titularidad equivocada va a ser mucho más habitual en la ejecución ordinaria, en la que los indicios de la misma pueden ser más débiles y ni siquiera habrá sido necesario que el ejecutado señale el bien como de su pertenencia, que en la ejecución hipotecaria. En efecto, no resultaría frecuente en esta última, aunque sí posible, que el hipotecante no sea el titular del inmueble, pero que haya contado con la inscripción registral a su favor de la que además se ha aprovechado para constituir la garantía. No obstante, la posibilidad de que la hipoteca no se constituya correctamente, por poco frecuente que sea en la práctica, no por ello va a ser un problema menos trascendente ni sugestivo, ni menos necesitado de revisión bajo la perspectiva general arriba indicada (el equilibrio de armas entre los diversos sujetos implicados). Apoya la importancia de la materia, su inserción dentro de las causas de oposición y suspensión de la ejecución hipotecaria, estas sí de rabiosa actualidad, por las razones de todos conocidas, que han llevado al replanteamiento de muchos de los criterios tradicionales sobre las mismas.

Al hilo de esta última consideración, debemos observar que no nos parece buen enfoque el que está utilizando en estos años nuestro legislador; en efecto, las reformas más recientes en esta materia se han impulsado por la necesidad de dar respuesta a unas u otras decisiones de la jurisprudencia (sea europea o sea española); lo que ha venido a suponer que en nuestro ámbito se introduzcan o revisen solamente algunas de las causas de oposición a la ejecución, precisamente las afectadas directamente por esas resoluciones, sin reflexionar sobre el conjunto normativo representado por la figura de la suspensión del procedimiento de ejecución; ello ha terminado conduciendo a un tratamiento

fragmentario de los problemas, y ha producido desequilibrios en el sistema, que no resultan justificables, al menos en nuestra opinión[4]. Pondremos aquí de manifiesto cómo ello ha conducido a seguir manteniendo en un cierto olvido la situación del *verus dominus* que ha visto constituida una hipoteca sobre un inmueble de su propiedad, por parte de quien ha podido contar para ello con un asiento registral que resulta inexacto.

En estas páginas, por tanto, analizaremos la eventualidad de que el constituyente de la hipoteca no fuera propietario de la cosa, como exige el artículo 1857.2 del Código Civil; una situación que, cuando se presenta, por lo general va a impedir que el derecho real de hipoteca haya nacido y, por consiguiente, debiera también impedir su ejecución (como consecuencia necesariamente ligada a la existencia del derecho real de hipoteca). Pero, pese a ello, como existe una apariencia de hipoteca válidamente constituida, se haría necesario, para que ello fuera así en la práctica, que el verdadero titular tomara la iniciativa ejercitando alguna acción judicial que desvirtúe dicha apariencia e impida efectivamente la ejecución, si es que llegara a tiempo para ello.

¿Cuáles son estas posibles acciones que debe o puede emplear el titular de la cosa hipotecada? Hay que distinguir en función de si la ejecución de la hipoteca se ha iniciado o no. Si esta última no ha comenzado, será preciso accionar mediante una acción declarativa, no hay otra alternativa porque se trata de declarar la inexistencia del derecho real de hipoteca; en cambio, si la ejecución hipotecaria se hubiera puesto en marcha, y si atendemos a la configuración legal de la tercería de dominio que realiza el artículo 595 LEC, debiera ser precisamente esta la acción elegida, por ser la más adecuada a quien demuestra ser titular previo a la constitución de la hipoteca. No obstante, como es sabido, una norma especial (en concreto el art. 696 LEC) va a impedir su ejercicio en la mayoría de los casos, pues este mecanismo de la tercería de dominio está muy restrictivamente regulado para el caso de su ejercicio en la ejecución hipotecaria, con lo que necesitaríamos utilizar, también en este caso, un procedimiento declarativo ordinario. Salvo el supuesto de la tercería de dominio, que produce de suyo la suspensión de la ejecución, pero que es un remedio prácticamente excepcional en la ejecución hipotecaria (por expresa decisión legal, como hemos dicho), habrá que examinar qué efecto produce, o debiera producir, sobre la hipoteca y su ejecución la pendencia de un procedimiento declarativo que versara precisamente sobre la existencia o no de la hipoteca, que resulta ser un presupuesto necesario para dicha ejecución. De entrada, ya sabemos que este efecto no será la suspensión de la ejecución, por expresa decisión legal; pero alguna eficacia habrá de tener este procedimiento ante la importancia del debate que pende en el mismo; que, de suyo, tiene una virtualidad anulatoria de la hipoteca y, por tanto, de todo lo que esta puede llevar consigo, como su ejecución.

Como se puede advertir, los mecanismos de protección del propietario de la cosa hipotecada necesariamente se amplían, y no se reducen a la tercería de

dominio, como efecto de dos realidades ya mencionadas: primera, la existencia de la fase de seguridad de la hipoteca, en la que la tercería de dominio es, lógicamente, de imposible planteamiento; segunda, la restricción legal del ámbito de la tercería de dominio dentro de la ejecución hipotecaria, que hace que la misma resulte casi imposible de plantear. Ambas realidades conducen a que la vía procesal pertinente para la defensa del propietario en la mayoría de los casos no sea otra que un procedimiento declarativo, que no suspende la ejecución; este último criterio normativo, a su vez, nos lleva a reflexionar sobre cuáles serían los efectos de dicho procedimiento declarativo sobre el de ejecución. En principio esta eficacia no se produce en la esfera jurídica procesal, pues no hay suspensión de la ejecución; pero tampoco existe desde el punto de vista sustantivo una defensa legal a ultranza de la adquisición lograda en la subasta por el adjudicatario, aunque perjudicara al verdadero titular que no intervino en la constitución de la garantía. Juega en la hipoteca, a este respecto y a falta de una norma específica, simplemente el mismo criterio imperante en la ejecución ordinaria, que está recogido en el artículo 594 LEC, a tenor del cual, *«si el verdadero titular no hiciese valer sus derechos por medio de la tercería de dominio* [o en el caso de la ejecución hipotecaria, el procedimiento declarativo ordinario]*, no podrá impugnar la enajenación de los bienes embargados, si el rematante o adjudicatario los hubiera adquirido de modo irreivindicable, conforme a lo establecido en la legislación sustantiva»*. Lo que supone, en cuanto a este último efecto (adquisición irreivindicable del rematante o adjudicatario), obvio es decirlo, remitirse a las normas generales de la legislación civil, pues no existe un tratamiento diferenciado de las adquisiciones en la subasta, por lo que también en estas peculiares adquisiciones, la válida transmisión requiere que el transmitente sea titular (regla general), o que el adquirente quede amparado por alguna norma de protección de la apariencia (registral necesariamente, en el caso de los inmuebles).

Siendo así las cosas, si por expresa decisión legal no hay suspensión de la ejecución, los efectos sobre la misma de la interposición de un procedimiento declarativo que verse sobre la titularidad del bien hipotecado se moverán necesariamente en el ámbito fáctico, pese a la trascendencia jurídica del debate. ¿Cuáles podrán ser esos efectos y qué trascendencia tendrán? A nuestro juicio, desde luego serán efectos muy importantes e intensos, aunque sean diferentes en función de si los hipotéticos postores en la subasta conocen la existencia del litigio o no. En el primer supuesto pensamos que será prácticamente imposible que participen postores en la subasta, o en todo caso, se producirá una disminución del importe de las posturas (a causa de la incertidumbre sobre la adquisición del bien que el procedimiento declarativo manifiesta) y, por consiguiente, la adjudicación del bien al acreedor ejecutante será lo normal, con los problemas que comporta la valoración del inmueble a estos efectos por parte de la normativa[5]. En el segundo caso, es evidente que nada de esto sucederá

necesariamente, pues el litigio queda oculto para los posibles postores, pero se propiciaría legalmente un resultado poco deseable desde el punto de vista de la protección del *verus dominus*, pues en esas condiciones sería posible que se produjera una adquisición *a non domino* en la subasta. El problema, entonces, es determinar cuáles son las razones que han impedido el conocimiento de la existencia del procedimiento declarativo por parte de los postores; si esas razones son imputables al *verus dominus* (que, por ejemplo, no ha solicitado la anotación preventiva de su demanda); o lo son, por el contrario, al adjudicatario en la subasta, no sucederá nada diferente a lo que resulta del funcionamiento ordinario del Registro: la negligencia se imputará a su autor, que sufrirá las consecuencias. Ahora bien, si la falta de conocimiento obedeciera a la existencia de trabas normativas para dar viabilidad o publicidad al litigio, habría que justificar que estas restricciones son razonables, para mantenerlas, o no lo son, para eliminarlas del sistema. Habremos de tratar, por tanto, acerca de la publicidad del litigio.

No se debe olvidar, nos parece, a dónde puede terminar llevando finalmente la restricción legal que se impone a la tercería de dominio en la ejecución hipotecaria, combinada con los efectos en la misma de un procedimiento declarativo acerca de la invalidez de la hipoteca: o a la reseñada adquisición por el tercero de modo irreivindicable (tal como la denomina la LEC; en realidad una auténtica y definitiva adquisición *a non domino*), o a una adjudicación por el acreedor del bien hipotecado a un precio que será muy inferior al valor de mercado y que puede dejar subsistente buena parte de la deuda garantizada. Claro que, si bien la adquisición por el tercero sí será definitiva, la adjudicación por el acreedor nunca constituirá la última palabra, que dependerá de la resolución del litigio acerca de la propiedad del bien, pues obviamente esta declaración tendrá efectos sobre la adjudicación. En efecto, si el procedimiento declarativo trabado concluye afirmando que la hipoteca estuvo mal constituida, en principio habría que decir que no podrá tener eficacia la adquisición obtenida por el acreedor en la ejecución. Todo esto resulta bastante desconcertante, por no producir más que dilaciones y gastos inútiles, y lleva a preguntarse por las razones que explican esta particularidad del procedimiento de ejecución.

En nuestra opinión, si el sistema puede funcionar sin demasiadas fricciones prácticas es por la siguiente razón: como la hipoteca supone la constitución voluntaria de un derecho real, a diferencia de lo que sucede en el embargo derivado de la ejecución dineraria, habrá que tomar en consideración la posibilidad, frecuente incluso, de que el artículo 34 LH haya permitido superar el obstáculo de la falta de titularidad del hipotecante, y se haya producido una válida constitución de la hipoteca *a non domino*[6]. A partir de ahí se entiende que las trabas normativas existentes para que el tercero se defienda en los Tribunales no le privarán, en la mayoría de los casos, de ningún derecho subjetivo que subsista verdaderamente; pero esto no debe hacernos olvidar que

también puede suceder que no haya una hipoteca válida porque no concurran en el acreedor hipotecario los requisitos del artículo 34 LH y, en este caso, el tercero sí puede resultar gravemente perjudicado por la solución legal, que aquí mostraría todas sus carencias, ya que impide al *verus dominus* el acceso a la vía más rápida y directa para la defensa de su derecho (la tercería); y tampoco le garantiza siempre que un procedimiento declarativo le vaya a conducir al éxito. Naturalmente también puede ser que, sin válida constitución de la hipoteca (por carecer el acreedor de alguno de los requisitos del artículo 34 LH), sí se haya producido una adquisición en la subasta que sea inatacable. Aun en este supuesto, se debería analizar si no ha sido la legislación la que ha propiciado este último efecto, dificultando al verdadero propietario la defensa de su derecho.

Cualquiera aprecia que la importancia teórica y práctica del conflicto objeto de estas páginas es altísima: se dan cita en él unos aspectos meramente civiles, otros relativos a la publicidad registral, y, finalmente, otros puramente procesales; todos los cuales presentan una dificultad dogmática indudables[7], que se acrecientan exponencialmente cuando se combinan entre sí. Chocan en concreto, en este punto, la protección del crédito garantizado con hipoteca, con la defensa de los derechos reales objeto de la garantía; y se deben coordinar para solucionar el presente conflicto principios tan centrales como el mecanismo de transmisión y constitución de los derechos reales, el papel en dicho mecanismo de la publicidad registral (meramente publicadora y no constitutiva), la protección registral de los adquirentes (art. 34 LH), así como las características propias de la ejecución hipotecaria, que es un procedimiento con limitadas posibilidades de suspensión, lo que se manifiesta, precisamente, en el tratamiento legal de la tercería de dominio que atiende a muy pocos supuestos en que existe una titularidad que haya impedido la válida constitución de la hipoteca, pero no a todos ellos[8]. Finalmente, será preciso tener presente, asimismo, el régimen de la anotación preventiva de la demanda acerca de un procedimiento declarativo en el que se discute sobre la válida constitución de la hipoteca. En concreto: el significado de la misma anotación para el procedimiento de ejecución, así como su posible cancelación como efecto de la adjudicación. Sobre toda la materia, sobrevuela además, la necesidad de respetar la doctrina constitucional acerca de la congruencia constitucional del proceso de ejecución hipotecario. A tenor de dicha doctrina se debería garantizar, dentro de la misma ejecución, o a través de un procedimiento declarativo diferente, la efectiva defensa judicial de los derechos subjetivos de todos los interesados, entre los que se debe contar, señaladamente, el derecho de propiedad del *verus dominus,* del que estamos tratando aquí.

Y frente a la importancia del problema, destacan las discrepancias entre las diferentes concepciones y explicaciones doctrinales, que son enormes, por partir de visiones de las instituciones que están en juego que resultan contradictorias y, a veces, parecen poco ponderadas y escasamente sensibles tanto a

las necesidades de la práctica como al valor de los principios implicados. Bajo ese mismo punto de vista principial, habrá que examinar la práctica manifestada tanto en la jurisprudencia como en la doctrina oficial de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Es verdad, que en descargo de la doctrina y de la jurisprudencia, debería tenerse en cuenta la dificultad interpretativa de algunas de las normas objeto de estudio, así como la inercia en la aceptación de una inteligencia de las mismas que ha sido recibida de la tradición doctrinal y jurisprudencial. Pero la necesidad de clarificar y dar razones coherentes son cometidos propios de la tarea académica de los que no se puede abdicar; en este tema se impone como una tarea difícil, por las razones que acabamos de apuntar, pero que resulta imprescindible para lograr una armónica, justa y previsible aplicación de la ley, sin imponer a ningún sujeto más que aquellos sacrificios que se encuentren sólidamente fundamentados en el sistema. Naturalmente, también se precisa que la ciencia jurídica dote al legislador de elementos que puedan servir de inspiración para la mejora de los criterios legales, cuando estos se hayan mostrado inadecuados.

2. Los principios normativos acerca de la constitución de la hipoteca

En primer lugar procede aclarar el sentido del artículo 1857.2 del Código Civil que establece, como requisito esencial del contrato de hipoteca, que la cosa objeto de la misma debe pertenecer en propiedad a quien la da en garantía; requisito que resulta curioso a algún autor, pues en su opinión estaríamos ante una exigencia que no existe ni siquiera en el contrato de compraventa[9]. Para salir de la perplejidad sería necesario, con la mejor doctrina, o bien corregir la literalidad de la norma y decir que la falta de titularidad no afecta a la validez del contrato, sino a la constitución del derecho real de garantía (y entonces ya no existe la incoherencia reseñada); o, bien, según otra opinión, entender que el precepto indicado obedecería a que en la sistemática legal el contrato de hipoteca es un negocio directamente dispositivo, o real *quoad effectum*, que por tanto no requiere «modo» alguno para transmitir o constituir el derecho real, a diferencia de lo que sucede en la compraventa, con lo que la lógica del requisito legal se basaría más bien en el principio *nemo dat quod non habet*[10].

Esto conecta, en segundo lugar, con el importante significado que el artículo 34 LH puede alcanzar en una hipótesis en la que falte la requerida titularidad en el hipotecante. Al respecto nos parece que habrá que decir que el tercero protegido al que la norma se refiere naturalmente puede ser el acreedor hipotecario, que efectivamente es adquirente de un derecho real, de garantía en este caso[11]. Lo que vale en nuestro sistema para la transmisión de la propiedad, vale también para la adquisición de las garantías reales[12]. Pero es necesario recordar que la protección efectiva que pueda alcanzar un concreto acreedor hipotecario

se encuentra asimismo sometida a la concurrencia en el supuesto de varios elementos que no siempre se darán en el caso de que se trate[13]. Naturalmente el mecanismo de formalización de la hipoteca en escritura pública y su posterior inscripción supone que «casi siempre» se cumplirán dos importantes requisitos necesarios para merecer la protección registral: adquirir el derecho de una persona que en el Registro aparezca con facultades para constituirlo[14], y contar con la propia inscripción. Ahora bien, puede que no se reúnan alguno o varios de los siguientes: que el acreedor hipotecario sea de buena fe; que la garantía tenga causa onerosa; y que en el Registro no consten las posibles razones de la ineficacia o inestabilidad del derecho del hipotecante.

Todos estos elementos, necesarios para la protección, merecen un breve comentario, y debemos comenzar por el tercero, único sobre el que podemos encontrar cierta referencia normativa en nuestro ordenamiento. En concreto el artículo 107.9 LH establece que pueden hipotecarse los *«bienes litigiosos, si la demanda origen del pleito se ha anotado preventivamente, o si se hace constar en la inscripción que el acreedor tenía conocimiento del litigio, pero en cualquiera de los dos casos la hipoteca quedará pendiente de la resolución del pleito»*. Como se puede advertir, la hipoteca, en su efectividad o, por el contrario, en su extinción por la falta de titularidad del hipotecante, depende de la resolución del litigio existente sobre este trascendental dato; pendencia de la hipoteca que, por supuesto, acontecerá siempre que el acreedor sepa, o pueda saber, el carácter discutido de la titularidad del garante[15]. Al hilo del tratamiento doctrinal de este tipo de hipoteca se han hecho algunas interesantes afirmaciones, que explican la extensión y significado de la norma, tales como estas: que si no concurren los requisitos contemplados expresamente por el artículo 107.9 LH (anotación preventiva de demanda o declaración registrada de conocimiento del litigio), puede actuar a favor del acreedor de buena fe la protección del artículo 34 LH, subsistiendo entonces la hipoteca aunque el constituyente pierda el dominio en virtud del litigio que resulta desconocido para el acreedor[16]; o que sucede lo mismo, es decir la protección del acreedor prevista por este último precepto, si el pleito es posterior a la inscripción de la hipoteca y el acreedor ignoraba excusablemente el defecto en la titularidad del constituyente[17]. Pero de estas opiniones se deduce también, en sentido contrario, que no procederá la protección del acreedor, si conocía las dudas acerca de la titularidad, o si no se había producido una constitución de la hipoteca a título oneroso[18], casos estos últimos en los que, coherentemente, pensamos que la hipoteca también debería asumir el carácter condicional o expectante (a las resultas de lo que se decida en el pleito declarativo acerca de la titularidad del bien) del que habla el artículo 107.9 LH.

Es llamativo, por cierto, que ni esta última norma ni su desarrollo procesal aclaren una cuestión trascendental a nuestros efectos: si en la situación de pendencia, es decir, en caso de duda acerca de si existe o no la hipoteca, es factible

o no la ejecución de la misma. La letra del precepto abogaría por excluirla, y a favor de esta solución se han aportado argumentos de peso, si bien no resultan por completo concluyentes. Se ha dicho, en primer lugar, que no parece que el régimen legal esté pensando en la necesidad de tasar el bien para la subasta teniendo en cuenta para su valoración el alea que el litigio sobre la propiedad supone, lo que llevaría a una valoración muy baja, y sobre todo no prevista en el sistema; en definitiva en esta solución el adjudicatario asumiría el riesgo de la adquisición; en segundo lugar, se ha añadido que exigir que el mejor postor abone desde luego el precio en el que la adjudicación se haya producido, contradice el régimen normal de la compraventa en aquellos supuestos en que se plantea inseguridad sobre la adquisición (cfr. art. 1502 del Código Civil); casos estos últimos en los que es legítima la suspensión del pago del precio, lo cual sería razonable aplicar al adjudicatario, quien desea recibir el bien a cambio del dinero, no el eventual derecho de crédito derivado de la evicción; en tercer lugar, se ha dicho finalmente que la solución de paralizar la ejecución ordinaria es la que procede cuando se plantea una tercería de dominio en la ejecución ordinaria (art. 595 LEC), lo cual vendría a ser un criterio general, aplicable por tanto a la ejecución hipotecaria[19].

Las dos primeras razones resultan, a nuestro juicio, más sólidas y convincentes que la tercera, contra la que arguye el régimen especial de la ejecución hipotecaria (art. 696 LEC), en el cual las causas de suspensión de la ejecución son las tasadas expresamente por la ley. Incluso esas dos primeras razones, en realidad, a lo que conducen es a poner en cuestión que esta última solución vigente para la ejecución hipotecaria sea completamente coherente dentro del sistema, pues habría que tener previsto un mecanismo que la hiciera operativa y funcional, y ese mecanismo no existe. Es decir, el régimen legal habría de ocuparse de una serie de cuestiones para dar sentido a ese criterio; así, atribuir expresamente el riesgo que el litigio supone al adquirente en la subasta, introduciendo mecanismos adecuados de tasación de la cosa (lo que no se hace, y, por otra parte, consideramos indeseable que se hiciera), o bien asumir que la puja se hará a precios muy bajos o que no se producirá (tampoco nos parece una solución adecuada); o finalmente, habría de regular la materia de modo que, sin paralizar la subasta, se permitiera garantizar suficientemente el derecho de quienes participan en la misma sin contar con seguridad en cuanto a la adquisición, que pretenden, del bien ejecutado. Esto es, no sería conveniente, a nuestro parecer, dejar en la incertidumbre si la solución para el adjudicatario que perdiera la cosa subastada consiste en que reclame de un particular la devolución del precio que pagó al órgano encargado de la ejecución, o es otra cualquiera.

Si las cosas no se regulan ni bien ni mal, sino que simplemente se dejan en la oscuridad las reglas aplicables, como es el caso, llegamos a un resultado indeseable para la práctica de la subasta: es presumible que no vayan a existir postores, o que si existen lo sean a precios irrisorios, y, por tanto, lo habitual

será que el bien se vaya a adjudicar al acreedor por un valor muy alejado del real. ¿Es esto último lo que pretende el legislador? No lo podemos saber, pero en cambio sí podemos decir que el que se pueda esperar que haya quien participe en una subasta judicial cuando existe un litigio sobre la propia existencia de la hipoteca es una hipótesis puramente fantasiosa, a tenor de la indefinición del sistema legal acerca de las consecuencias que ello pueda tener. Obviamente el mecanismo para promover la participación de postores sería sencillo en los términos explicados antes: bastaría dar seguridad al régimen jurídico de una subasta en estas condiciones. Por una parte, aclarar si el rematante debe soportar el riesgo de su adquisición, o no es así; por otra, regular expresamente la posibilidad de que suspenda el pago del precio del remate; o que se prevea la retención por el órgano encargado de la ejecución de dicho precio, a disposición del adjudicatario hasta que se resuelva sobre el fondo; o, en otro caso, que se prevea que se pueda pedir al ejecutante una garantía suficiente de la eventual restitución del precio del remate que se le haya entregado, hasta que se dilucide el litigio, haciendo viable, de alguno de estos modos, deshacer las consecuencias de la subasta sin perjuicio para el adjudicatario del bien y sin descrédito de la institución misma de la subasta y de los órganos jurisdiccionales[20].

Quizá estas reflexiones, que hemos realizado principalmente pensando en la hipoteca de bienes litigiosos, serían también extensibles al caso del que hablamos en estas páginas, y adecuadas para afrontar nuestro específico problema. En él no se ha producido una constitución de la hipoteca como litigiosa, sino que el litigio sobre la propiedad del bien hipotecado se plantea después de concertada la garantía. Pero la solución debería ser similar, por una sencilla razón: en este nuestro caso la situación del acreedor hipotecario que se demuestre en sede judicial que no resulta protegido por el artículo 34 LH resulta exactamente equiparable al acreedor hipotecario contemplado por el artículo 107.9 LH: será un acreedor al que la realidad extrarregistral le será oponible en cuanto conocida, en cuanto no cuente con un título oneroso que le proteja o, en fin, en la medida en que no merezca la específica protección registral. Naturalmente no podemos esperar que el legislador, que no se ha ocupado siquiera de definir el régimen de la hipoteca de un bien litigioso, pese a contemplarla expresamente, vaya a atender a nuestro problema, siendo así que a este no le presta una atención directa, sino a lo sumo, indirecta, como una posible incidencia de la ejecución o de sus consecuencias, que el mismo legislador quiere descartar a toda costa que la obstaculice.

Pero tenemos también la siguiente realidad, que es tozuda frente al voluntarismo legal: que el *verus dominus* puede haber intentado la tercería de dominio, y que entonces se habrá acordado la inadmisión de la misma por no contar el título de tercerista con los requisitos previstos en el artículo 696 LEC, pese a alegar un título de dominio previo a la constitución de la hipoteca[21], o que quizá, frente a la letra de la norma, se haya admitido la demanda como sucede

en realidad no pocas veces, pero luego se hubiera desestimado por la falta de los referidos requisitos. Lo que resulta evidente en ambas situaciones, tanto al acreedor ejecutante como al órgano encargado de la ejecución, es la existencia de un tercero que pone en duda la válida constitución de la hipoteca, y que alega la existencia de un título de dominio (e incluso aporta la prueba del mismo), pese a que su pretensión se desestime a causa de que el cauce procedimental que ha utilizado no es el adecuado para vencer. Pero ello manifiesta ya, en cuanto a la hipoteca, el conocimiento de su situación de condicionalidad, que debería merecer una similar solución que la procedente en el caso del artículo 107.9 LH. Se podrá discutir si lo mejor es la suspensión de la subasta en tanto se clarifique la titularidad del bien, o, en su caso, la regulación precisa de las consecuencias que una subasta en estas condiciones deba producir.

Es obvio también que si, a partir de la inadmisión o desestimación de la tercería, se dedujera una demanda declarativa, y la misma constara en el Registro mediante una anotación preventiva, de nuevo estaríamos ante un dato que no se podrá ignorar tampoco por los posibles postores. Ciertamente, se podrá alegar a favor de no suspender la subasta que el sistema quiere dar al acreedor hipotecario el beneficio de la duda que el sistema registral le confiere, esto es, considerarlo protegido por el artículo 34 LH en tanto no se demuestre lo contrario. Pero, aun aceptando esta idea, nos encontraríamos en la necesidad de regular los aspectos de la subasta que anteriormente hemos mencionado, y, en cualquier caso, aun sin demanda ni anotación preventiva, la constancia del problema de titularidad que alcanza el órgano encargado de la ejecución al que se le ha alegado y aportado un título en la tercería (inadmitida o desestimada), le obligaría a publicar la existencia del mismo en el anuncio de la subasta, con lo que la exitosa prosecución de la misma queda de hecho comprometida.

En definitiva, en nuestra opinión si en lo sucesivo, de cara a una posible reforma del procedimiento de ejecución se quisiera conservar el criterio de la no suspensión establecido por el artículo 696 LEC, sería necesario aclarar legalmente qué supone proseguir la ejecución en una situación de incertidumbre sobre la validez de la hipoteca. Se podría distinguir en esa futurible regulación entre la actual tercería de dominio suspensiva de la ejecución, y otras tercerías de dominio que solamente suspenderían en la ejecución el trámite final de pago por el rematante o de abono al ejecutante por parte del órgano encargado de la ejecución, o que exigirían al ejecutante prestar una garantía de su eventual restitución. Se aclararía así de un modo suficiente qué significa para la ley proseguir la ejecución, sin cargar las consecuencias de la incertidumbre jurídica al adjudicatario, y permitiendo, una vez se resuelva el litigio sobre la hipoteca, dar a lo obtenido en la subasta el destino adecuado en cada caso: o bien la devolución al adjudicatario, si la hipoteca fuera inválida; o bien, el pago al ejecutante, en otro caso[22].

En segundo lugar, mencionábamos antes que el acreedor hipotecario podía considerarse tercero protegido por el artículo 34 LH; si dejamos de lado el caso de la doble inmatriculación, al que ya nos hemos referido, hay que analizar someramente algunos de los otros requisitos necesarios para esa protección. No es necesario explicar ahora en qué consiste la buena fe, pero sí recordar que dicha buena fe del adquirente se presume legalmente, pero que es posible la demostración de la mala fe, es decir, la prueba de que el acreedor hipotecario conocía la inexactitud del Registro[23]: lo que sucederá, por ejemplo, si se acreditara una clara y manifiesta situación posesoria a título de dueño contraria a la publicidad brindada por el mismo, o si el acreedor hipotecario conociera o pudiera haber conocido la existencia de la enajenación del bien objeto de hipoteca que sea anterior a la misma[24].

También explicamos antes que para la protección del acreedor se requiere el carácter oneroso de la garantía, condición que habrá de estimarse existente por lo general[25], pero hay que advertir que no concurrirá si el nacimiento del crédito no está ligado a la constitución de la hipoteca[26].

La recta aplicación de los principios sustantivos de nuestro ordenamiento lleva a decir que la existencia de una hipoteca inscrita, pactada en escritura pública por el titular registral *non dominus*, no permite asegurar que siempre se haya producido su válida constitución; esta última dependerá de si el acreedor hipotecario reúne los requisitos del artículo 34 LH[27]; en esta situación no se podrá asegurar siempre la válida transmisión en la subasta del derecho real hipotecado. En cuanto a este último punto, naturalmente que se producirá una válida adquisición en la subasta en dos casos alternativos: o bien, si el rematante o el adjudicatario se puede apoyar en la protección del artículo 34 LH que mereciera el acreedor hipotecario, sin necesidad entonces de que el rematante también reúna las condiciones de este precepto; o bien, incluso aunque faltara esa condición de tercero protegido en el acreedor hipotecario, pero existiera en el rematante[28]. Ahora bien, no nos parece adecuado que sea precisamente el ordenamiento quien dificulte al propietario la defensa de su derecho y termine propiciando una adquisición por el rematante que resulte protegida y que hubiera podido evitarse.

Para ejemplificar esta última posibilidad de adquisición en la subasta que resultaría inatacable sin necesidad de alegar la protección que pudiera merecer el acreedor hipotecario, podemos considerar un supuesto resuelto recientemente por el Tribunal Supremo: una entidad pública había ejercido la acción declarativa del dominio respecto de una finca expropiada años antes para su adscripción al servicio ferroviario, uso que ya había desaparecido si bien permanecían físicamente las vías férreas. La acción se ejercitó contra la cesionaria de remate en el marco de una subasta hipotecaria. En su día, pues, la expropiación de la finca implicó que pasara a formar parte del dominio público, si bien a pesar de ello permaneció inscrita a nombre del titular expropiado, lo que le hizo

posible a este último constituir una hipoteca sobre la misma, que derivó en su posterior subasta y adjudicación. No había necesidad de discutir sobre la hipoteca, el debate jurídico estaba centrado en dos cuestiones. En primer lugar, si en el momento de la adquisición mediante la cesión de remate los terrenos expropiados conservaban o no su naturaleza de dominio público; es decir si se había producido su desafectación tácita y dejado, por tanto, de ser bienes de naturaleza demanial para pasar a ser bienes de naturaleza patrimonial susceptibles entonces de ser adquiridos *a non domino* con apoyo en la mecánica registral. En segundo lugar, a partir de la respuesta positiva de este primer problema, si debe entenderse que el cesionario queda protegido en su adquisición como tercero hipotecario de buena fe.

Centrándonos en este último tema, que es el que aquí y ahora nos interesa, para la STS de 12 de enero de 2015 *(RJ* 2015, 185): *«dada la presunción de buena fe que declara el artículo 34 LH en su desarrollo normativo, la cuestión de la carga ética de diligencia que debe emplear el tercero adquirente se centra, primordialmente, en el sentido negativo que presenta la extensión conceptual de la buena fe, es decir, en la medida o grado de diligencia exigible que hubiera permitido salir del error o desconocimiento de la situación y conocer la discordancia existente entre la información registral y la realidad dominical de que se trate.*

Centrada la cuestión debe puntualizarse que, con base a la protección y presunción que establece el citado artículo 34 LH, la gradación de la diligencia exigible, en el sentido o aspecto negativo que presenta el concepto de buena fe, no puede plantearse en abstracto respecto del examen de cualquier defecto, vicio o indicio que pudiera afectar a la validez y eficacia del negocio dispositivo realizado, sino que debe proyectarse y modularse, necesariamente, en el marco concreto y circunstancial que presente la impugnación efectuada por el titular extraregistral a tales efectos. En el supuesto del presente caso, con referencia circunstancial a la situación posesoria de la finca objeto de la litis, la carga básica de la diligencia exigible al adquirente no puede medirse o extenderse con relación a cualquier posesión o indicio de la misma que se hubiera debido o podido conocer, sino solo a una situación posesoria clara y manifiesta que se ejercite en concepto de dueño y que, por tanto, contradiga o ponga en seria duda la exactitud de la información registral, con relación al derecho inscrito (…) En el presente caso, debe tenerse en cuenta que la relevancia de la situación posesoria alegada por la parte recurrida no solo resulta incompatible con la calificación alcanzada acerca de la desafectación tácita anteriormente examinada, extremo que ha permitido la validez y eficaz inscripción registral del derecho dominical de la parte recurrente, sino que también resulta injustificada respecto de los hechos o indicios que se alegan en su favor. En efecto, en este sentido debe señalarse, en primer lugar, que el hecho de que la antigua vía del tren estuviera aun en la finca objeto de la

litis, obviamente, sin funcionamiento o explotación alguna, no exterioriza una posesión clara, manifiesta o inequívoca que revele la posesión en concepto de dueño que ejercía la Administración en el momento de la perfección del negocio transmisivo. En segundo lugar, en el aspecto o sentido positivo de la buena fe, también hay que señalar que ni la solicitud de reversión, ni la acción de modificación o deslinde efectuadas por la parte recurrente constituyen hechos que determinen, como se ha señalado, un conocimiento directo de la causa obstativa o, en su caso, de una carga básica de diligencia de deberla conocer, dado que el desarrollo de estos procedimientos no condujeron a una confrontación de títulos o de situaciones posesorias al respecto. Por último, y en tercer lugar, debe destacarse que es el Juzgado de Primera Instancia quien entra a valorar la posible mala fe del adquirente, conforme a la inferencia establecida a partir de las circunstancias de hecho que concurren en el presente caso, llegando a la conclusión de que no resulta probada; conclusión que no ha sido desvirtuada por la Audiencia, que no entró en la valoración de la misma».

Las críticas que podría merecer la solución de esta STS de 12 de enero de 2015 *(RJ* 2015, 185)[29] se refieren más que a la argumentación, que es impecable, a la valoración de los hechos y al resultado final del litigio: si proclama, de modo enteramente correcto, que una posesión en concepto de dueño contraria a lo publicado por el Registro de la Propiedad podría desvirtuar la buena fe del adquirente, y si sobre el terreno controvertido existían unas vías ferroviarias en desuso, cabe pensar (o al menos la duda sobre lo resuelto por la STS) que este hecho revela una situación posesoria suficientemente indiciaria de la titularidad pública, que se alzaría contra la titularidad privada publicada por el Registro, y ante la que el tercero rematante no puede alegar desconocimiento. Que el Registro resultaba inexacto es difícil no conocerlo a la vista de la existencia real de vías de ferrocarril sobre el inmueble objeto de ejecución hipotecaria; dichas vías manifiestan un tipo de posesión que difícilmente puede considerarse a título diferente al de dueño. Pero, con independencia de que este aspecto de su solución resultaría discutible, hay que concordar con la STS en lo que ahora queríamos destacar: que el sujeto protegido por el artículo 34 LH debe desplegar una conducta diligente, y en que la *posesión clara, manifiesta o inequívoca en concepto de dueño* puede desvirtuar la buena fe del adquirente, aunque la adquisición pretendida se realice en una subasta judicial.

3. Proceso de ejecución y defensa del propietario desde la perspectiva constitucional

Las situaciones sustantivas acabadas de describir, que resultan tan complejas, requieren del sistema procesal la regulación de unos mecanismos eficaces de defensa que estén a disposición del *verus dominus*, para que este pueda des-

virtuar la apariencia de hipoteca válida. Para el Tribunal Constitucional esos mecanismos pueden existir tanto dentro del propio proceso de ejecución como fuera de él[30]. En efecto, como es perfectamente conocido, desde la STC de 18 de diciembre de 1981 *(RTC* 1981, 41) se viene repitiendo que: *«El hecho de que el procedimiento de ejecución sumario se caracterice, consecuentemente con la naturaleza del título, por la ausencia de contradicción procesal, no significa que produzca indefensión y que, en consecuencia, resulte anticonstitucional por ser contrario al artículo 24 de la Constitución. Existen poderosos argumentos que apoyan la conclusión opuesta. El primero es de índole sistemática. La situación del deudor o del titular del dominio de la finca hipotecada no se puede enjuiciar solo a partir de la regulación de la ejecución, sino que viene decidida por el conjunto de las relaciones procesales posibles. Lo expeditivo de la ejecución no elimina la posibilidad de contradicción que sigue abierta en el juicio ordinario. En rigor, la radical limitación de las excepciones no se refiere a la contradicción considerada en sí misma, sino a su efecto suspensivo sobre la realización del valor; hay una limitación de las excepciones que pueden producir el efecto suspensivo y nada más. La Ley Hipotecaria (…) deja abiertas todas las posibilidades de contradicción y se limita a establecer que solo unas limitadas excepciones puedan producir suspensión. No se limitan, pues, las posibilidades de contradecir, sino las de suspender mediante el juego de las excepciones. Desde esta perspectiva, es claro que no puede haber violación del artículo 24 de la Constitución, porque el deudor y el titular del dominio de la finca no quedan indefensos, ni privados de tutela»*[31].

Ya sabemos que el legislador español, en esta línea, consideró conveniente sacar la defensa del propietario del procedimiento de ejecución hipotecario, lo cual no debería considerarse ilegítimo a la luz de esta doctrina constitucional; aunque hayamos criticado que el mismo legislador no haya desarrollado el régimen jurídico preciso acerca de la influencia que el litigio sobre la hipoteca debe tener sobre la ejecución, lo que a nuestro juicio sería necesario tanto para garantizar el buen funcionamiento de la misma como en realidad para el propio éxito del criterio legal.

Naturalmente el anterior argumento constitucional, en lo que concierne específicamente a nuestro problema, que se refiere al efecto suspensivo del planteamiento de un litigio relativo a la titularidad del bien hipotecado, puede quedar perfectamente en pie tras la STJUE (Sala Primera) 14 de marzo de 2013 *(TJCE* 2013, 89), que procedió a *«declarar que la normativa española controvertida en el litigio principal no se ajusta al principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva pretende conferir a estos últimos»*. Y también se puede seguir manteniendo tras la STJUE (Sala Primera) de 17 de julio de 2014 *(TJCE* 2014, 106) a tenor de

la cual *«el consumidor no obtendrá una reparación* in natura *de su perjuicio, que le reintegre a la situación anterior al despacho de la ejecución del bien inmueble hipotecado, sino que obtendría únicamente, en el mejor de los casos, una indemnización que compensara tal perjuicio. Ahora bien, este carácter meramente indemnizatorio de la reparación que eventualmente se conceda al consumidor le proporcionará tan solo una protección incompleta e insuficiente»*.

Pero que podamos decir que estas últimas STJUE, por su específico objeto, que atañe a la protección de los consumidores, no afectan directamente al problema que nos planteamos aquí, no las hace por completo irrelevantes. En efecto, debemos partir de que nuestro tema es diferente al resuelto por esas Sentencias, por cuanto el problema del *verus dominus* no se podría tratar en ningún caso con las normas relativas a los consumidores, ya que por definición el titular ni siquiera ha contratado con el prestamista, por ser un tercero ajeno al contrato de garantía; pero nos parece que esto no impide que quizá sí sea aconsejable, tras las citadas SSTJUE, repensar si el conjunto de mecanismos de suspensión y oposición de la ejecución hipotecaria resultan adecuados o no para lo que llaman estas sentencias la defensa *in natura* de los derechos subjetivos que están en juego (en nuestro caso la propiedad)[32]; y si la aplicación práctica de esos mecanismos e incluso su entendimiento y valoración por la doctrina son adecuados para lograrlo; en definitiva, esta reflexión es conveniente porque se trata, tanto en nuestro caso como en el de las referidas SSTJUE, de la defensa con la que cuentan los posibles perjudicados por el procedimiento de ejecución hipotecaria (en nuestro caso el *verus dominus*), por lo que el paralelismo entre ambas cuestiones sí que resulta claro. Y, a estos efectos, debemos tener en cuenta la relevancia constitucional de las normas implicadas en esta materia porque se trata de determinar si el propietario tiene reconocido un mecanismo defensivo que resulte efectivo. Esta revisión crítica que proponemos no resulta una auténtica novedad entre nosotros. Ya hace tiempo, alguna resolución judicial del TS calificaba la exigencia legal de que el título del tercerista de dominio en la ejecución hipotecaria hubiera de estar inscrito con anterioridad a la hipoteca como «absurda», y la opinión de algunos autores también abunda en la necesidad de un replanteamiento profundo de la materia[33]. De la reflexión que hacemos en este estudio, deriva la conveniencia de replantearse algunas concretas cuestiones normativas e interpretativas que ya hemos resaltado a lo largo de la exposición y otras que seguirán más adelante.

Una última advertencia cabe hacer aquí en relación con lo que desarrollamos a continuación. Se puede aceptar, como punto de partida, que las normas sobre la ejecución hipotecaria que afectan a nuestro tema, presentan desde su origen histórico hasta hoy una substancial continuidad[34], de modo que será lícito utilizar, indistintamente aunque con las debidas precauciones, la doctrina científica actual o la doctrina que se pronunció sobre la regulación precedente a la vigente LEC.

II. LA RESPUESTA DEL SISTEMA PROCESAL A LA FALTA DE TITULARIDAD DEL HIPOTECANTE

1. La regulación de la tercería de dominio y de las acciones de nulidad de la hipoteca

Pretendemos describir y analizar el sistema procesal español en lo que concierne fundamentalmente al posible papel del propietario de un bien que ha sido hipotecado sin su consentimiento, por haberlo sido por quien es titular registral, pero no es titular real. También la situación de una hipoteca en su fase de seguridad que resulta impugnada por dicho *verus dominus* nos interesa bajo esta misma perspectiva de la ejecución: ¿puede iniciarse o proseguirse la ejecución hipotecaria en esas circunstancias? Si la respuesta fuera positiva, ¿en qué condiciones se realiza dicha ejecución, por ejemplo, a efectos de la tasación del bien? ¿Qué efectos puede tener la adjudicación del bien hipotecado sobre todo si posteriormente se produjera una resolución judicial que declare mal constituida la hipoteca?

A la vista de la carencia de datos normativos, las respuestas doctrinales a todos estos problemas no son todo lo precisas que sería de desear; a veces, son abiertamente contradictorias entre sí y algunas de ellas también se oponen, a nuestro juicio, a sólidos y asentados principios de nuestro sistema jurídico, lo cual veremos que puede encontrar justificación en una deficiente o inexistente regulación legal de la materia. Ya es significativo, por ejemplo, que nadie haya explicado cómo se realiza la tasación de un bien litigioso que se quiere sacar a subasta: ¿puede aceptarse la tasación hecha por las partes del contrato de hipoteca, *ex* artículo 682.2.1.º LEC? ¿Sería esta una tasación hecha por los interesados como requiere esa norma? ¿No faltaría la intervención de quien sobrevenidamente aparece como tal interesado por alegar judicialmente ser propietario del bien?

La terapia que requiere esta confusa situación, a nuestro juicio, pasará muchas veces por remontarse a los principios inspiradores de las normas, más que atender a sus detalles, si se quiere salir con éxito del empeño de ofrecer una solución justa y que, además, sea coherente con el conjunto del ordenamiento.

Ciertamente debemos partir del hecho normativo de que en los procedimientos de ejecución hipotecaria la posible contradicción de los interesados es muy limitada, ya que se trata legalmente de poner todos los medios para que cuanto antes se celebre la subasta de los bienes, evitando las maniobras dilatorias del deudor o de terceros instigados por él[35]; todo lo cual, pese a todo, no debe impedir al titular del dominio de la finca defenderse en el juicio declarativo ordinario, que sería su adecuado mecanismo de tutela, aunque, en la concepción legal, su uso no entorpece la ejecución[36]. De modo que, aunque se admita legalmente la suspensión de la ejecución mediante la tercería de dominio, ello

se hace para muy limitados casos, con lo que quedan fuera de ese mecanismo los supuestos más numerosos.

Esta idea restrictiva, todavía vigente en nuestro ordenamiento, es incluso previa a la existencia de un procedimiento específico de ejecución para la hipoteca: en efecto, procede en su origen de un criterio introducido por la Ley Hipotecaria de 1869, en la que todavía no existía un procedimiento especial de ejecución, pero sí una restricción específica para la interposición de la tercería de dominio cuando lo que se ejecutaba era una hipoteca. En general, se trataba de explicar esa medida en el siguiente marco: *«En la ley cuyo proyecto se presenta, no solo se hace posible que los prestamistas sobre hipoteca, como todos los que adquieran derechos reales, lo verifiquen sin peligro alguno de que su derecho sea perjudicado, sino que también se procura que aquellos consigan con facilidad la realización de sus créditos, si para ello tienen precisión de dirigirse contra los bienes que los garantizan»*[37]. El desarrollo de este último propósito con la introducción de un procedimiento específico de ejecución arrancaría más tarde, en concreto de la Ley Hipotecaria de Ultramar de 14 de julio de 1893 cuya Exposición de Motivos decía: *«donde la voz de la experiencia se ha dejado oír con mayor fuerza contra la ley, demandando remedio pronto, es en lo referente al procedimiento para hacer efectivos los créditos hipotecarios»*, para referirse a su complicación abrumadora, y a la inseguridad del éxito: se trataba, entonces en definitiva de cortar de raíz esos males simplificando los trámites para dar al prestamista seguridad de pronto y fácil cobro mediante la ejecución del bien sujeto a la garantía[38].

En lo que ahora a nosotros nos interesa, prescindiendo del procedimiento especial de ejecución, los propósitos de facilitar la ejecución hipotecaria se concretaban en el artículo 133 de ambas leyes hipotecarias, que expresaron por primera vez en nuestro sistema una específica restricción de la tercería en la ejecución hipotecaria, que todavía se encuentra vigente (en el artículo 696 LEC). Así decía: *«No se suspenderá en ningún caso el procedimiento ejecutivo por las reclamaciones de un tercero si no estuvieren fundadas en un título anteriormente inscrito…»*[39].

El reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria de Ultramar, desarrolló este criterio restrictivo en cuanto a la suspensión, exponiendo además unas disposiciones más detalladas sobre las alternativas que tendría el *verus dominus,* que también se adoptaron más tarde por el derecho español general de 1909, en una regulación que, sustancialmente, todavía sigue vigente entre nosotros[40].

Ante la aceptación legal de este principio del procedimiento de ejecución, que lo hace especialmente resistente contra las maniobras que lo intenten obstaculizar, sería necesario articular alternativas en el resto del sistema para que la defensa del verdadero titular sea real y eficazmente posible, es decir, no lo sea tan solo de un modo meramente nominal; y, además adecuar el procedimiento

de ejecución a la aparición de esta importante circunstancia. La gran ventaja de la interposición de la tercería de dominio, es la claridad de los efectos que conlleva: la simple admisión de su demanda paraliza el procedimiento de ejecución (art. 696.2 LEC), y solo permite que prosiga una vez resueltas las dudas; frente a este efecto, remitir al verdadero dueño a un procedimiento declarativo, presenta el inconveniente no solamente de no paralizar la ejecución, sino también de hacer insegura su prosecución para todas las partes implicadas por cuanto el régimen de la ejecución en esas condiciones resulta completamente oscuro. Los problemas del sistema legal son innumerables. Desde el punto de vista del que sostiene ser verdadero dueño de entrada se le retrasa la posibilidad de obtener la constancia oficial en el procedimiento de ejecución de la pendencia del procedimiento declarativo, pues ello depende de la adopción como medida cautelar de la anotación preventiva de su demanda (y hasta que esto se logre puede haber transcurrido cierto tiempo). Y este es un nuevo inconveniente práctico que presenta el intento de coordinar dos ideas: la de proteger al titular real del bien, sin menoscabar la posición del titular de la hipoteca, y permitir a este último la prosecución de la ejecución.

A nuestro juicio, la dificultad de resolver este nudo se arrastra hasta hoy desde los comienzos del establecimiento del procedimiento especial de ejecución hipotecaria. En realidad, de suyo, la consecución del objetivo perseguido por las normas (evitar dilaciones indebidas) no es fácilmente alcanzable sin detrimento del derecho de defensa del eventual verdadero propietario. Porque naturalmente resulta necesario prever rigurosamente la adecuada publicidad de la pendencia de un procedimiento declarativo de la manera más sencilla y rápida posible, pues también va en contra del derecho de defensa dificultar de tal modo la publicidad de esta cuestión, que se fuera a propiciar la aparición de un adjudicatario al que no se le ha dado adecuada información de la existencia de un litigio, y que, por ello, tuviera la condición de sujeto protegido por el artículo 34 LH. Nos parece que si tras la desestimación de la tercería de dominio, remitimos al interesado al declarativo, le obligamos a pedir la anotación preventiva de demanda, y a esperar que efectivamente se acuerde su práctica y de hecho se practique, estamos propiciando un retraso en su protección que puede resultar determinante para que se produzca la definitiva pérdida de su derecho. Y esto, no obstante, pese a que inadmitida la tercería o desestimada, consta al acreedor ejecutante y al órgano encargado de la ejecución la existencia de un título que eventualmente pone en cuestión la validez de la hipoteca, aunque la literalidad de la norma procesal no le permita tomarlo en consideración a los efectos de paralizar la ejecución. Ante esta situación, ¿cómo no va a influir este conocimiento alcanzado por el órgano encargado de la ejecución en el contenido de la publicidad que se debe dar a la subasta en el anuncio de la misma? Naturalmente, en nuestra opinión, debe afirmarse la necesidad de dar publicidad a esa cuestión en los anuncios de la subasta.

Por otra parte, en la vigente LEC subsiste el esquema normativo, que procede del antiguo Reglamento Hipotecario de ultramar, acerca de la defensa de los derechos del *verus dominus,* que es tercero frente a la ejecución, que puede inducir, y de hecho induce a muchos, a confusión; así parecería desde una consideración superficial de esa normativa que la alternativa de defensa para ese verdadero titular del bien es, únicamente, la representada, por una parte, por los remedios de la tercería de dominio del artículo 696 LEC; o, por otra parte, por una acción de resarcimiento que tendría su base en el artículo 698 LEC.

Así, en un gran sector de la doctrina se considera que, salvo en las circunstancias especiales delimitadas por el artículo 696 LEC, es imposible la defensa del verdadero dueño, o se deriva dicha protección a mecanismos que no permiten la recuperación del bien, pues el significado del artículo 698 LEC sería un simple remedio indemnizatorio[41]. Otros afirman que es perfectamente lógica la solución de la primera de las normas, ya que la hipoteca constituye un derecho real que ha sido adquirido por un tercero, fiado de quien el Registro consideraba como titular, y de buena fe, «por lo que prima en todo caso la protección del titular de la hipoteca (art. 34 LH) salvo, excepcionalmente, frente a quienes también tuvieran su derecho de dominio anterior también inscrito»[42]. Hay, también, quienes consideran que fuera del margen diseñado por el artículo 696 LEC lo que le cabe al verdadero dueño es únicamente la acción penal por el delito de estafa o el procedimiento civil de reclamación de daños y perjuicios[43]. O, también quienes piensan incluso que la utilización de la vía del juicio ordinario con anterioridad al inicio de la ejecución hipotecaria para entorpecer dicha ejecución habría de reputarse fraudulenta[44]. Otros entienden que la frontera que separa la posibilidad de lograr los efectos recuperatorios, o tener que conformarse con la retención de las sumas obtenidas en la ejecución, la marca la existencia o no de la nota marginal de expedición del certificado de cargas, a partir de la cual ya no es posible la primera posibilidad[45]. Finalmente, a veces la doctrina simplemente nada advierte sobre las posibilidades que pueda tener el verdadero propietario del bien, pese a que se ponen de manifiesto las especialísimas restricciones que adornan la tercería de dominio dentro de la ejecución hipotecaria[46].

Las soluciones ofrecidas por la doctrina y explicadas en el párrafo anterior no nos parecen coherentes con nuestro sistema sustantivo, y revelarían un importante defecto del sistema procesal si se admitieran. No se olvide que se requiere garantizar la defensa efectiva de los derechos subjetivos; en nuestra opinión, el verdadero dueño solamente tiene abierta la interposición de la tercería de dominio en los limitados casos en que ello fuera procedente; pero, para el caso en que ello resultara imposible, debe tener a su disposición el procedimiento declarativo ordinario[47], que habría de garantizarle la restitución de la cosa; así como la práctica de la anotación preventiva de demanda[48], y la subsistencia de la misma hasta la resolución de la controversia. No vemos cómo otra solución

pueda permitir la defensa de los derechos afectados por la ejecución. Es más, quizá la solución más adecuada fuera prever una regulación especial de ese litigio acerca de la titularidad que, sin producir efectos suspensivos de la ejecución, garantizara obviar el retraso que conlleva lograr la publicidad registral del litigio derivado de la presentación de una demanda en un procedimiento ordinario (anotación preventiva).

Si aceptáramos estas opiniones doctrinales a las que nos hemos referido más arriba llegaríamos a un efecto indeseable: que el limitado acceso a la tercería de dominio comportaría que, en la mayoría de los casos, el *verus dominus* se habría de conformar con el mero resarcimiento, y con la pérdida de su derecho sobre la cosa. Literalmente eso pudiera entenderse si el artículo 698 LEC se interpretara, como algunos hacen, como una norma que reduce las medidas cautelares que se puedan adoptar en un procedimiento sobre la nulidad de la hipoteca a la retención de la suma que se haya obtenido en la ejecución de la hipoteca. Incurriríamos, pues, en un resultado que impediría lo que el TJUE denomina tutela *in natura* del derecho del interesado.

Ahora bien, pretender que la regulación de esa específica medida cautelar en el artículo 698 LEC significa que la única pretensión ejercitable sea jurídico personal es una conclusión que resulta absurda, porque si la norma trata (entre otros supuestos) de una acción de nulidad de la hipoteca, que pretende la recuperación de la cosa, dicha medida cautelar tiene poca justificación, ya que al *verus dominus* simplemente le garantizaría la posibilidad de obtener la suma recabada en la ejecución, como compensación por haber perdido el bien, y ello ni le supone satisfacción suficiente ni es congruente con su propia pretensión. Y no solamente porque recibir una suma de dinero no es el objeto de su pretensión, sino también por causa de la habitual devaluación que sufre la cosa en la subasta. De esta manera, si entendiéramos así las normas, sin beneficio alguno para el acreedor ejecutante, que no podrá cobrar, el propietario perdería la propiedad del bien y tampoco lograría resarcirse de su valor real.

En realidad, nada obliga a construir la interpretación del precepto desde la medida cautelar que contempla, como si la regulación de esta medida condicionara el tipo de acciones que se pueden ejercitar en el procedimiento declarativo. No es ese el entendimiento correcto de una norma que se caracteriza precisamente por la variedad de posibles pretensiones susceptibles de sustanciación en el procedimiento declarativo. A nuestro parecer la referencia a esta medida cautelar se hace indispensable por una razón de coherencia: después de proclamar la norma que ninguna acción suspende o paraliza el procedimiento de ejecución es necesario mencionar la excepción a ese principio; si la suma que está destinada al acreedor se reserva a garantizar las resultas del procedimiento declarativo, ¡se quiere más suspensión que esta! Lo cual no puede significar, sin embargo, que esta sea la única medida procedente en todos los variados casos que pueden presentarse. Es más, resultará una medi-

da mucho más razonable cuando la discrepancia que se pretenda resolver en el procedimiento declarativo tenga un resultado pecuniario; por tanto, en el supuesto del ejercicio de la acción de la que estamos tratando, no parece que tenga sentido usar esta medida cautelar que no beneficia al demandante, sino al adjudicatario del bien en la subasta.

En efecto, el ejercicio de la acción por el demandante puede llevar consigo que, si se estima la demanda, el adjudicatario se haya quedado sin la cosa; si, correlativamente, el dinero que pagó se ha entregado al acreedor, pudiera verse también sin él. De modo que sería lógico usar esta medida para garantizar la devolución de esa cantidad en el supuesto de que se estime la acción del demandante; así se evita el peligro de que al abonar al ejecutante la suma obtenida, sea luego difícil recuperarla para el adjudicatario. Ahora bien, si el sentido de la retención fuera este, probablemente haya que concluir que lo razonable sería que no estuviera contemplada como una simple medida cautelar que puede pedir un demandante a quien nada aporta, sino como efecto legal que derivara de cualquier litigio que cuestionara la validez de la hipoteca. Es el mejor modo de asegurar que, en caso de que la hipoteca recaiga sobre finca litigiosa, se mantenga como principio que la hipoteca está condicionada hasta la resolución del litigio (cfr. art. 107.9 LH).

Ciertamente, en un determinado momento de la elaboración de la actual LEC, la norma a la que nos estamos refiriendo, en conexión con la reforma que se hacía en la LH, no se pretendía impulsar en el sentido que acabamos de explicar, sino, más bien, en el que hemos criticado; en concreto el proyecto presentado por el Gobierno tuvo el designio de despojar al *verus dominus* de toda posibilidad de intentar la recuperación de la cosa, y de dejarlo reducido efectivamente a un mero acreedor. Es curioso constatar cómo esa pretensión ha tenido más éxito en la doctrina posterior que en el propio proceso de elaboración de la norma, en el curso del cual fue desestimada.

En efecto, el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil[49], preveía en su DF Décima 3 la siguiente redacción para el artículo 131 LH:

«Una vez que se ha hecho constar en el Registro la iniciación del procedimiento a través de la nota marginal de expedición de certificación de cargas, no se podrá tomar anotación de demanda de nulidad de la propia hipoteca, salvo que se base en alguno de los supuestos que pueden determinar la suspensión de la ejecución. Tampoco se podrá inscribir la escritura de carta de pago de la hipoteca mientras no se haya cancelado previamente la citada nota marginal, mediante mandamiento judicial al efecto» [50].

La proyectada previsión, inspirada en que «muerto el perro (la anotación preventiva) se acabó la rabia (la debilidad de la subasta frente a quien alega un título de dominio)», fue objeto de justificadas y sólidas críticas doctrinales[51], que terminaron concretándose en el Senado en un par de enmiendas que suprimían el texto acabado de citar. Curiosamente la enmienda más acertada, desde el

punto de vista de su justificación, no prosperó. Simplemente proponía eliminar la primera frase del precepto, hasta el punto y seguido, con la justificación de que:

«Con la propuesta contenida en esta enmienda se elimina del proyecto la insólita prohibición de anotar la demanda de nulidad de hipoteca.

La anotación preventiva de demanda implica una medida cautelar de carácter general y sin excepciones en nuestro sistema jurídico inmobiliario. Si prohibimos la anotación de esta demanda, la sentencia que diera lugar a la misma sería estéril, pues cuando recayera, la finca ya estaría subastada y en manos de un tercero, sin que le sirva de consuelo al propietario inicuamente ejecutado la débil medida prevista en el artículo 698, apartado 2 del Proyecto consistente en la retención de la cantidad que se obtenga en la ejecución, pues no es lo mismo la medida cautelar que le puede salvar la finca (anotación preventiva de demanda) que la tendente a guardar su importe dinerario»[52].

En cambio sí prosperó la enmienda que introdujo la actual redacción, con la que se pretendía, según su justificación:

«Aclarar que la anotación preventiva de demanda por razones distintas de las causas de oposición legalmente admisibles, aunque puedan anotarse (para ganar prioridad si la ejecución se paraliza por pago) se tendrán que cancelar una vez ejecutada la hipoteca y aprobado el remate, pues de lo contrario el que ha acudido a la subasta confiando en el estado de cargas del Registro, vería burlados sus derechos en contra del principio constitucional de seguridad jurídica»[53].

Según ha explicado algún autor, la materia objeto de estas reflexiones sería especialmente compleja porque en su ámbito entran en conflicto la seguridad del tráfico y la seguridad de los derechos; y que este choque venía a ser resuelto por el proyectado artículo 131 LH a favor de la seguridad del tráfico, es decir del rematante[54]. Con todos los matices que se quieran realizar a estas afirmaciones, que serían muchos[55], estamos de acuerdo con que la finalidad de estos intentos de reforma era la protección del rematante, y, en general, de los procedimientos de ejecución. Pero debe tenerse en cuenta que, como este mismo autor expone, la pretendida solución, y afortunadamente eliminada, de impedir la anotación preventiva, hace que se resienta la conformidad con la Constitución de la regulación del procedimiento de ejecución hipotecaria[56]. Y, desde luego, tampoco parece sensato que la protección del rematante se puede llevar más lejos de lo que el conjunto del sistema sustantivo permite.

Por ello, nos parece que la buena doctrina está representada por quienes afirman, sobre el artículo 698 LEC que «la finalidad puramente resarcitoria de la medida cautelar puede resultar insuficiente para satisfacer el interés del (…) interesado de que se trate»[57]. Para que no quepa duda, en qué tipos de supuestos se piensa, se añade «los casos en que la reclamación versa sobre la nulidad del título por el que se despacha ejecución»[58]; para concluir que «el (…) interesado de que se trate podrá solicitar la anotación preventiva de la demanda, con el

fin de advertir al posible adquirente del bien en la ejecución de la ilicitud de esta»[59]. Efectivamente, esto nos resulta lo coherente con la defensa del verdadero propietario mediante una acción que verse sobre la válida constitución de la hipoteca, aparte de que es el mecanismo que permite una solución funcional y razonable del litigio. Nótese lo extraño que sería que el verdadero dueño de la cosa objeto de indebida ejecución deba conformarse con percibir una suma que, en la totalidad de los supuestos, no agota el valor real del bien. Y ello, ¿para qué?, ¿a quién beneficiaría una solución como esta? ¿Acaso al ejecutante, que no va a percibir nada? Por otro lado, ¿a cargo de quién quedaría el resarcimiento completo del verdadero dueño?

Estamos asimismo de acuerdo con lo que se afirma, en relación con el artículo 696 LEC, y la extraordinaria restricción del ámbito de aplicación de la tercería de dominio: «el amparo del acreedor hipotecario frente al tercero con título anterior a la inscripción de la hipoteca, pero inscrito después, tiene su fundamento en el artículo 34 LH. El tercero propietario del bien deberá acudir para la defensa de sus derechos al juicio que corresponda (art. 698)»[60]. Todo lo cual es correcto, aunque quizá debamos completarlo, recordando que el juicio que corresponda puede versar incluso sobre la nulidad de la hipoteca que se pretenda ejecutar: lo cual, en realidad, supondrá litigar sobre la aplicación o no al acreedor hipotecario de todos los requisitos exigidos por el artículo 34 LH[61], y nos reconduce a la posibilidad de empleo de la anotación preventiva de la demanda como medida cautelar; y a la necesidad de analizar el régimen que deba tener la cancelación de esta última.

Las restricciones para el ejercicio de la tercería de dominio, a través de la existencia de un elevado número de requisitos[62], conllevan que difícilmente se pueda iniciar siquiera este remedio procesal[63]; pues en realidad, es prácticamente imposible que se plantee. Esta idea fue mencionada por la STC de 18 de diciembre de 1981 *(RTC* 1981, 41) al afirmar que la tercería de dominio tal como estaba regulada en el artículo 132 LH entonces vigente, que no difiere sustancialmente de la regulación actual, vendría a responder *«a un improbable error del Registrador, ya que ha de tratarse de inscripción anterior a la del crédito»*, y se encuentra comúnmente repetida por la doctrina, que indica que solamente procederá el ejercicio de la tercería de dominio en los casos de doble inmatriculación o del grave error registral de inscribir la hipoteca pese a que la finca esté inscrita a favor de persona distinta del hipotecante[64].

La solución interpretativa que acabamos de exponer probablemente es la única coherente con la literalidad de la norma, aunque llegue a un resultado muy poco convincente desde el punto de vista sistemático, por más que parezca incluso admisible a nuestro Tribunal Constitucional. Prescindamos de los errores del Registrador, desconocidos en la realidad en este ámbito, y valga para demostrar nuestra afirmación el supuesto más frecuente de tercería de dominio que se podría presentar y de hecho se presenta en la práctica, que es la doble

inmatriculación. Pues bien, a tenor del precepto, solamente podría interponer la tercería de dominio el titular registral que alegara que su propia inscripción o la de su causante es anterior a la de la garantía; tenemos así que, en una situación de doble inmatriculación, estaría legitimado para interponer la tercería solamente ese titular; en cambio, si el tercero tuviera su título o el de su causante inscrito con posterioridad a la hipoteca, no estaría legitimado[65]. Pero sabemos que la solución que procede dar al debate sobre la titularidad de la cosa hipotecada no se debería guiar simplemente por la prioridad en la inscripción, sino por una confrontación entre los respectivos títulos de dominio en conflicto[66]. En suma, el problema de la doble inmatriculación se debiera resolver o siempre en un procedimiento declarativo ordinario, cuya anotación preventiva de demanda fuera posible[67]; o siempre, en cuanto a los limitados efectos que le serían propios, en la tercería de dominio. Ahora bien, reservar esta última para el caso en que concurra una circunstancia que no es determinante de la solución de fondo estimamos que carece por completo de justificación.

Como se ha destacado, el requisito normativo requerido al título del tercerista se refiere no a la estimación de la demanda, sino a la propia admisibilidad de la misma[68]. ¿Cuál es la justificación de esta restricción? hemos aludido repetidamente a ella, y nos parece que no cabe duda que el designio del legislador se encuentra en el propósito de reforzar la protección de la hipoteca, e impedir los mecanismos que vayan contra su efectividad, y ello con el fin de favorecer el crédito territorial; pero estamos ante una protección reforzada de la hipoteca que puede resultar discutible, o serlo al menos algunos de los medios empleados para desarrollarla[69]. Para nosotros las inconsecuencias del régimen de la tercería de dominio son tan grandes que demostrarían que el legislador no ha sabido implantar una regulación coherente ni útil para nadie. Se ha dicho que el procedimiento de ejecución hipotecaria se sigue tras obtenerse una certificación del Registro relativa, entre otras cosas, a la inscripción del dominio, que ha de considerarse presuntivamente exacta, y que se ha debatido doctrinalmente sobre si en la ejecución hipotecaria tendría que admitirse o no el planteamiento de la tercería de dominio[70]. Pero, para responder a esta idea, nos parece que bastaría con tener en cuenta que la presunción de exactitud registral admite prueba en contrario, y que es esta prueba la que se debería dilucidar en un procedimiento contradictorio, se le regule o no como tercería.

Algunos autorizados autores dicen que el artículo 696 LEC admite la tercería siempre que exista «un título de propiedad fehaciente anterior a la constitución de la garantía y ello vaya acompañado de una certificación registral expresiva de la inscripción»[71]; sin aclarar suficientemente el curso temporal en que las respectivas inscripciones de la hipoteca y la titularidad se deben haber producido[72]. La interpretación más general entiende, de acuerdo con la literalidad de la norma, que la tercería no puede prosperar aunque exista un título fehaciente previo a la garantía si no resultara inscrito antes que esta[73]. No obstante, se ha

defendido también otra postura que otorga mayor margen de operatividad a la tercería de dominio: el título deberá ser de fecha fehaciente anterior a la hipoteca, y estar inscrito, pero esto último no necesariamente antes que la hipoteca, pues esa exigencia llevaría al absurdo, ya que es una hipótesis casi imposible[74]. La solución ha sido adoptada y argumentada por alguna STS aislada[75]; pero, pese a que esta alternativa sea una efectiva solución a un problema real, y que cuente con cierto fundamento normativo en el propio artículo 696 LEC, no es una técnica perfecta porque no permite atender la totalidad de los casos en los que la cosa sea ajena al hipotecante; en razón de que, para el ejercicio de la tercería, sí se requeriría indudablemente la inscripción registral del propio título del tercerista, que será imposible haber conseguido a tiempo en algunas ocasiones[76]. Lo cual nos parece que aboga por buscar la solución de este problema por otras vías más generales. Pese a lo que se dice, no obstante, la solución no está en contra de la literalidad de la norma[77], porque literalmente según el artículo 696 LEC cabe interponer la tercería en dos casos alternativos: cuando la inscripción del tercerista sea anterior a la de la hipoteca, o cuando lo que sea anterior a esta sea la inscripción del causante del tercerista. Esto último, literalmente entendido, permitiría examinar, en el procedimiento de tercería y no en el declarativo, si la constitución de la hipoteca se ha realizado *a non domino,* supuesto que el titular registral ya no era titular real en el momento en que se hipoteca la finca, por lo que en la práctica bien cabe intentar la tercería. Pero, indudablemente, pese a que esta doctrina sea preferible a la mayoritaria, en la jurisprudencia esta interpretación alternativa parece no haber calado[78].

Existen también dudas acerca del momento final en que es factible la interposición de la tercería. Se ha sostenido como más razonable la fecha de la aprobación del remate, aunque también se dice que la referencia del artículo 596 LEC al momento de la transmisión del derecho real hace dudar de si habrá que ampliar ese plazo hasta el momento en que exista testimonio del auto de adjudicación[79]. En realidad, moviéndonos en una figura tan escasamente relevante en la práctica, como sería la tercería de dominio, opinamos que apenas tiene trascendencia abordar y resolver esta difícil cuestión en la ejecución hipotecaria, a diferencia de la importancia que puede tener en la ejecución ordinaria[80].

2. La anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca y el problema específico de su cancelación

Frente a la posibilidad reconocida por la ley de practicar la anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca, algunos autores han alegado que la misma resultaría muy perturbadora en la ejecución hipotecaria (y tienen razón, en nuestra opinión, pero está perfectamente justificado perturbar la ejecución por una razón de peso como es la que aquí estamos contemplando, faltaría más), y

que se basaría en una comprensión equivocada de los mecanismos procesales[81]; juicio en el que ya no podemos concordar. En definitiva, esta tesis propugna que, o que no se practicaran dichas anotaciones preventivas, o que todas ellas sean canceladas sin excepción, a despecho de la letra del artículo 131 LH, que no tendría sentido y debiera no ser aplicada[82].

Para esta explicación, se deben limitar todos los mecanismos que «eternicen» el procedimiento de ejecución, ya que la adquisición del adjudicatario no puede quedar pendiente del procedimiento declarativo que tarde en resolverse varios años, y las ventas judiciales no pueden ser revocables, ya que eso rebajaría las posturas y desvirtuaría la subasta[83]. En suma, se sigue diciendo, no sería procedente la anotación de la demanda en la que se postule la declaración de que no ha sido constituida regularmente, ya que la Sentencia declarativa no puede afectar a la enajenación judicial realizada[84].

A nuestro juicio es verdad que la celebración de una subasta amenazada en sus resultados transmisivos, para los que participen en ella, tiene poco sentido, como también lo es que el hecho de que la adquisición que se pretende lograr en la subasta quede condicionada a las resultas de la discusión sobre la titularidad rebaja la cuantía de las eventuales posturas. Pero la opción de que se celebre la subasta en esas condiciones es la pretendida por el legislador (aunque no nos parece claro que sea la mejor), que ordena la prosecución de la ejecución, aunque simultáneamente también dispone que la hipoteca sobre un bien litigioso está condicionada al resultado del pleito. La constatación de que en este punto la realidad de nuestro ordenamiento sea contradictoria, nos puede llevar a dos conclusiones contrapuestas: o bien a impedir la eficacia real del litigio sobre la válida constitución de la hipoteca, que es lo que se propugna en esta opinión que criticamos, o bien a permitir la anotación preventiva de la demanda que inicia el procedimiento declarativo, y entonces admitir sus efectos propios. Para lo primero opinamos que no hay razones en el sistema; pues las que se alegan no nos parecen fundamentadas suficientemente. Sintéticamente expuestas nos parece que las explicaciones que pretenden apoyar esa solución son dos: primera, que las adquisiciones en las subastas deben ser inatacables, al menos en aquellos aspectos que deriven de la certificación de dominio y cargas. Pero esta idea no corresponde con la realidad de ningún principio o norma de nuestro ordenamiento jurídico[85]. Más bien sucede lo contrario: la adquisición en la subasta es tan segura o insegura como pueda serlo cualquier otra adquisición onerosa, ni más ni menos, pues dependerá de que el adquirente reúna los requisitos de protección establecidos por el artículo 34 LH[86]. Y la segunda razón que se emplea es que el ordenamiento solamente concedería al dueño una única medida cautelar, que sería la retención de la que habla el artículo 698.2 LEC[87]; también esta razón cae por su propio peso, a partir de nuestro sistema normativo, lo que demuestra el hecho de que para poder ser sostenida necesita a continuación decir que la anotación preventiva de la demanda a la que se refiere

el artículo 131 LH es una figura inaplicable. Es falso que el ordenamiento no reconozca otra medida cautelar (lo es la anotación preventiva), lo que sucede es que se la sacrifica en aras de la defensa de la propia idea; por todo ello debiera considerarse equivocada la opinión que se sostiene, en vez de querer corregir la clara decisión legal en base a una mera opinión privada.

De todos modos, el ataque a la anotación preventiva se ha producido desde otro flanco, abierto por la literalidad de la nueva LEC, y las reformas que introdujo en la LH. Nos referimos a su aparentemente necesaria cancelación, al menos si su práctica es posterior a la nota marginal de expedición de la certificación de dominio y cargas, como fruto de la adjudicación que se produce al final del procedimiento de ejecución. Es esta una tesis que cuenta con valedores desde el punto de vista teórico, además de ser la práctica habitual avalada por algunas RRDGRN, pues puede apoyarse en algunos argumentos literales que ofrece la legislación vigente. No obstante, a favor del mantenimiento y no cancelación de la anotación preventiva, jugarían principios sistemáticos importantes que están bien explicados, claro está que con anterioridad a la reforma procesal del año 2000, en la STS 18 noviembre 1993 *(RJ* 1993, 9149). Es conveniente dedicarle atención, aunque el litigio que resolvió se refería no exactamente a nuestro problema sino al de una anotación preventiva de demanda adoptada en un procedimiento en que se impugnaba el préstamo hipotecario por usura[88]. Pero los argumentos que se pueden extraer de la misma, pensamos que son perfectamente aplicables a nuestro caso y válidos todavía en la actualidad:

primero, *«la demanda de* nulidad *del préstamo hipotecario… permite asegurar las resultas del juicio mediante su anotación preventiva al amparo del artículo 42, núm. 1, de la Ley Hipotecaria»*;

segundo, *«la anotación de demanda tiene un doble contenido, el procesal conforme al cual se asegura que la sentencia que en su día recaiga tendrá la misma eficacia que si se hubiere dictado ya el día de la presentación de la demanda, mereciendo por esto la calificación de medida cautelar, y el contenido substantivo a través del cual se consigue la ventaja que proporciona el principio de prioridad registral para el caso también de obtener resolución favorable a la modificación tabular»;*

tercero, *«la anotación de demanda no produce cierre registral (…) puesto que los derechos a que se refiere pueden ser objeto de transmisiones aunque, como se ha dicho, subordinadas al resultado del proceso y efectos de la anotación pendiente»;*

cuarto, la nota marginal de expedición del certificado de dominio y cargas *«tampoco produce cierre registral, puesto que su alcance es solo informar a posteriores adquirentes acerca de la existencia del proceso de ejecución y hacer las veces de notificación. Da a conocer (…) que el proceso judicial sumario ha comenzado para que los terceros posteriores adquirentes usen de su derecho en la forma que les convenga. En modo alguno produce cierre registral ni*

paraliza las facultades dispositivas del deudor, pero impide a los adquirentes invocar de buena fe el principio de publicidad hipotecaria»;

quinto, *«cuando, como en este caso, tras la expedición de la certificación y la extensión de la nota marginal se anota preventivamente la demanda de nulidad (…) cuyo vigoroso contenido permite la declaración de nulidad de la hipoteca, para que sea cierta tal declaración se ha de extender naturalmente a todo el proceso de ejecución que culmina en la subasta. Y quienes acuden a la subasta pueden hasta ese mismo día tratar de conocer cuanto el Registro recoja, posible por no producirse el cierre, y no pueden alegar la fe pública registral en apoyo de su pretensión contraria a la anotación de demanda»;*

y finalmente, sexto, *«el Juzgado que ejecutó la hipoteca pudo ordenar sin identificarlas (art. 233 del Reglamento Hipotecario) que se cancelen todas las anotaciones e inscripciones posteriores a la fecha de la certificación, pero eso siempre que estas no deban subsistir por alguna causa, ( ) que esta excepción debe reconocerse al caso planteado en autos se apoya en que el Juez del procedimiento sumario conoció en los propios autos la existencia de la demanda de nulidad del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, y que los rematantes no adquirieron el derecho de propiedad hasta después de practicada la anotación preventiva, por lo que su derecho estaba subordinado al resultado de la demanda»*[89].

Ciertamente tanto en la legislación procesal como en la hipotecaria la necesidad de la cancelación parece afirmarse claramente en ciertas situaciones, pero quizá no haya que aquietarse fácilmente a esa solución, porque los preceptos deben ser racionalmente entendidos y eso nos parece que obliga a una interpretación restrictiva acerca de los asientos cuya cancelación proceda en virtud de la ley[90]. Para el artículo 674.2 LEC *«el Secretario judicial mandará la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en el artículo 656»*; mientras que para el artículo 134 LH *«El testimonio del decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas, determinarán la inscripción de la finca o derecho a favor del adjudicatario y la cancelación de la hipoteca que motivó la ejecución, así como la de todas las cargas, gravámenes e inscripciones de terceros poseedores que sean posteriores a ellas, sin excepción, incluso las que se hubieran verificado con posterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas en el correspondiente procedimiento»*; y, específicamente, el artículo 131 LH dice: *«Las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución quedarán canceladas»*. Entendemos que este tipo de previsiones normativas solamente se pueden referir a las cargas posteriores a la hipoteca, lo que estaría de acuerdo con la propia rúbrica del artículo 674 LEC, y corrobora también el nombre que legalmente se otorga al mandamiento de

cancelación, que lo es «de cargas»; de modo que, admitido eso, lo procedente sería entender estas normas, como dirigidas a hacer efectivo el principio de que la ejecución de la hipoteca comporta la purga de las hipotecas y derechos que sean posteriores a ella[91]. En cambio, la anotación preventiva de demanda es una realidad diferente, que carece de sentido tratar del mismo modo; en suma, dicha anotación no debiera ser cancelada, porque más que una carga posterior lo que supone es un interrogante sobre la validez del derecho de hipoteca que se ejecuta, y, por consiguiente, sobre la legitimidad del ejercicio de la facultad de realización del valor que se hace efectivo a través de la ejecución[92].

Por lo tanto, claramente hay que optar por la siguiente opinión: al permitirse legalmente la anotación preventiva de una demanda relativa a la validez de la hipoteca[93] hay que pensar que se hace con todas las consecuencias propias que derivan de este asiento registral, ya que si se está discutiendo judicialmente sobre la validez de la hipoteca, ni tiene sentido seguir adelante (al menos incondicionalmente) con un procedimiento de ejecución que se debe basar precisamente en su validez, ni tampoco resulta sensato impedir la eficacia de los mecanismos cautelares que puedan garantizar que la resolución sobre la acción declarativa ejercitada surta los efectos jurídico-reales que le son propios[94]. Es verdad que esta interpretación pone en cuestión que sea la solución más razonable que la subasta se celebre en estas circunstancias, pero la previsión de la Ley es evitar todo lo que entorpezca la ejecución. En definitiva, en este sistema la anotación preventiva asume el papel de garante de la condicionalidad de todos los efectos de la subasta; no hay otra salida si se quiere ser coherente con el sistema de constitución de los derechos reales (que no requieren su publicidad registral para su válida existencia), el requisito normativamente impuesto a la hipoteca (la titularidad del hipotecante), así como la configuración legal de la protección de los terceros que confían en el Registro de la Propiedad, incluido, en este último caso el acreedor hipotecario (que depende de la concurrencia de unos requisitos que, lógicamente, deben poder ser debatidos judicialmente antes de que el desenvolvimiento de la ejecución haga inoponible a ciertos terceros el resultado del pleito).

A la vista de lo que dispone literalmente el artículo 131 LH, la mayoría de la doctrina admite que no se cancele la anotación preventiva de demanda practicada previamente a la nota marginal de inicio del procedimiento de ejecución[95], sea cual fuere el objeto de la demanda, es decir, se trate o no de supuestos que comporten suspensión de la ejecución[96]. En cambio, pese a los argumentos que hemos alegado en los párrafos anteriores, se suele mantener otra opinión acerca de la cancelación de las anotaciones preventivas de las demandas en las que se cuestione la validez de la hipoteca, cuando dichas anotaciones preventivas se hayan practicado en una fecha posterior a la nota marginal: muchos aceptan que esa —la cancelación— sea la solución legal[97], aunque ello comportaría que la sentencia estimatoria de la nulidad solamente

afectará a algunos de los implicados. Sí al rematante o adjudicatario en cuanto que ellos han podido conocer la existencia de la demanda, pero no, en cambio, a los subadquirentes que resultaran protegidos por el Registro de la Propiedad[98]. Desde luego la solución a la que se llega con esta cancelación de la anotación preventiva parece sin más criticable, por dificultar la ejecución de la Sentencia obtenida en el procedimiento declarativo, al menos en algunos casos, y, en definitiva por suponer que el proclamado fundamento de la constitucionalidad del procedimiento de ejecución, que para el Tribunal Constitucional consiste en que los interesados gocen al menos de defensa mediante el procedimiento declarativo ordinario, no existiría, ya que el sistema no estaría en condiciones de prestar a los terceros una efectiva protección[99].

La RDGRN de 11 de mayo de 2001 *(RJ* 2001, 4791) consideró correcto no cancelar la anotación preventiva en un supuesto regido por el anterior sistema procesal, pero afirmó por primera vez, que: *«no debe aquí silenciarse el hecho de que, respecto de los procedimientos ejecutivos hipotecarios nacidos bajo el imperio de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, será de aplicación su artículo 669 y que, conforme a él, la solución solo podrá seguir siendo esta cuando la anotación sea anterior a la nota de expedición de certificación de cargas»*[100]. Esta dirección interpretativa del régimen de la vigente LEC se termina imponiendo en las RRDGRN de 20 de julio de 2005 *(RJ* 2005, 9776) y 18 de septiembre de 2013 *(RJ* 2013, 7617); si bien esta última justifica que en la venta extrajudicial la solución es la contraria por subsistir en el Reglamento Hipotecario alguna norma que le brinda apoyo. Pero con independencia de este último punto, que ahora no nos interesa, llama la atención que, frente a la abundancia de argumentos que hemos visto que apoyaban la solución contraria, esta dirección interpretativa se aquiete dócilmente a una interpretación literal de la ley, que entendemos muy inconveniente, y que, además, no es la única posible. Es explicable que ello ocurriera en aquellas RRDGRN que contemplaban el problema de modo teórico por resolver supuestos anteriores a la vigente LEC, pero cuando tras su entrada en vigor se ha de resolver derechamente sobre una cancelación, nos parece que los argumentos debieran ser más sólidos. En cambio, aparte de la literalidad de las normas, para defender la cancelación, solamente se nos dice que la misma se justifica por estar ordenada en una ejecución hipotecaria, que *«es un proceso bajo la decisión de la autoridad judicial, conforme al principio constitucional de tutela judicial efectiva»* [así RDGRN de 18 de septiembre de 2013 *(RJ* 2013, 7617)]. Explicación que nos resulta por completo incomprensible, ya que en el procedimiento de ejecución la autoridad judicial no puede intervenir tomando decisiones sobre los derechos de los terceros (salvo en el caso del art. 696 LEC); por tanto no debiera tampoco decidir sobre la cancelación de una anotación preventiva que publica la existencia de un procedimiento, diferente al de ejecución, al que la normativa (y el propio Tribunal Constitucional) expresamente remite para la defensa de

los derechos de dichos terceros. Es tanto como decir que los interesados, que no pueden defenderse en la ejecución, en realidad tampoco lo pueden hacer fuera de ella; o, por el contrario, que esos terceros sí se están defendiendo en la ejecución, o que la cancelación no les afecta; nada de lo cual puede ser cierto. Por lo demás, teniendo en cuenta que el decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas son expedidos por el Secretario judicial (cfr. art. 674 LEC), tampoco se puede compartir que se diga que con ellos esté garantizada la tutela judicial de los derechos.

Ahora bien, ¿es realmente necesario pensar que las normas vigentes imponen la cancelación de las anotaciones preventivas posteriores a la nota marginal? Nos parece que ante la abundancia de argumentos sistemáticos que apoyan la no cancelación es necesario repensar los resultados de la interpretación literal. Al fin la solución dependerá de cómo debe entenderse la expresión del artículo 131 LH acerca de las anotaciones preventivas que se practiquen en algunos de los supuestos que pueden determinar la suspensión de la ejecución. Es cierto que la norma es confusa, pues si existe un supuesto en que es posible la suspensión de la ejecución, en principio sería necesario utilizar ese remedio y no el procedimiento declarativo[101], por lo que se ha llegado a decir que la referencia a estas anotaciones preventivas que subsisten, aunque se practiquen después de la nota marginal, es más teórica que otra cosa, ya que todas las anotaciones preventivas se cancelarán, puesto que el legislador quiere dar la mayor eficacia posible al proceso de ejecución, de modo que los actos ejecutivos no puedan quedar desconocidos ni siquiera en un procedimiento declarativo[102]. Opinión esta que nos parece inadmisible por hacer supuesto de la cuestión. Para algunos autores la norma tendría explicación en los casos en que no se haya adoptado judicialmente la suspensión, lo que solamente puede producirse en la causa criminal, pues en el caso de ejercitarse una tercería de dominio, la denegación de suspensión comporta la desestimación de la tercería[103], mientras que si se ha admitido la demanda, la suspensión se ha producido, y no es necesario el proceso declarativo[104].

A nuestro juicio, por más que se pueda admitir la adecuación a la literalidad de la norma de algunas de estas explicaciones parciales, el texto de la misma es tan imperfecto que pretender sacar su sustancia reguladora de la mera letra resulta un empeño imposible; por lo que se impone realizar una interpretación sistemática. Bajo esa perspectiva, resulta necesario mantener en el Registro la anotación preventiva de demanda de nulidad de la hipoteca por las razones que hemos explicado en las páginas anteriores[105]. Desde luego, cabe aceptar que se haya ordenado una anotación preventiva de demanda aunque se haya iniciado la ejecución hipotecaria, e incluso figure en el Registro la nota marginal de inicio del procedimiento: es perfectamente posible que el demandante en la acción declarativa desconozca el inicio de la ejecución y, sin agotar las averiguaciones acerca de ese extremo, se decida a interponer la acción declarativa. Y, natural-

mente es posible que el demandante haya iniciado la acción declarativa porque sea consciente de que tiene cerrada la vía de la tercería de dominio: por ejemplo, porque su adquisición no hubiera accedido al Registro o lo hubiera hecho después que la hipoteca, pese a ser anterior. Ahora bien, si ha demandado a los titulares registrales de derechos reales contradictorios con el suyo, y entre ellos al titular de la hipoteca no constituida por el mismo demandante, lógicamente la anotación preventiva de la demanda se debe practicar y mantener hasta que resulte necesaria, pues lo que se decida en ese procedimiento tiene fuerza bastante no solamente para suspender la ejecución, sino para excluir su misma procedencia ya que la hipoteca constituida por un *non dominus* no es válida, fuera de los casos del artículo 34 LH, por lo que tampoco puede generar una válida adquisición en la subasta[106]. Nótese que pretender cancelar la anotación supone una burla a la tutela judicial efectiva, que en este caso recae sobre una materia tan importante como es la relativa a los resultados de la aplicación de este precepto; esta burla pensamos que no se debería tolerar[107].

En cualquier caso, además, el artículo 135 LH obliga al Registrador a comunicar al órgano encargado de la ejecución la práctica de asientos que puedan afectar a la ejecución, para evitar que se prosiga dicho procedimiento cuando se advierta que el título de la adjudicación que eventualmente se produzca no va a poder inscribirse o condicionen la posible eficacia del mismo[108]. En esa situación nos parece que estarán los litigios que cuestionen la validez de la hipoteca: por tanto el precepto está partiendo de un criterio similar al que aquí sostenemos.

A la vista de lo cual procede de nuevo preguntarse la razón de que el órgano encargado de la ejecución vaya a poder permitir que el acreedor hipotecario continúe con el engaño[109] a que puede conducir la prosecución de la ejecución hasta la subasta. O incluso que admita el despojo del verdadero dueño si estuviera preceptuada la cancelación de esas anotaciones preventivas. Habría sido mejor que el legislador entendiera que esta medida cautelar implica la suspensión de la ejecución[110]. En realidad, teniendo en cuenta el estado de la regulación, pocas personas participarían en una subasta tan incierta en sus resultados, ya que no puede conducir a una adquisición definitiva (tampoco por parte del ejecutante, pero él, al menos nada pierde pues no ha de pagar precio alguno). Por lo cual es muy probable que el empeño legal en proseguir con la ejecución o bien obedece a razones poco confesables, como la de intentar consumar un despojo, o bien resulta inútil, dilatorio y perjudicial.

III. CONCLUSIONES *DE LEGE FERENDA*

Prescindiremos aquí de enumerar las abundantes conclusiones acerca de la interpretación del régimen vigente. Habida cuenta de la perspectiva de estas páginas, esas conclusiones sin dejar de ser importantes y probablemente incluso

más operativas en la práctica diaria, palidecen junto a la finalidad principal del trabajo que es señalar posibles caminos para una reforma normativa. Partimos de que, en la legislación actualmente vigente, la tercería de dominio no puede resolver si el actor es o no dueño al tiempo de constituirse la hipoteca, es decir si esta es nula por haber sido constituida por quien carecía ya del poder de disposición sobre la cosa. Debe limitarse el Juez de la tercería, por imperativo legal, a constatar si los terceristas están protegidos por una inscripción de dominio previa en fecha a la hipoteca. Ahora bien, consideramos que, fuera de la ejecución, la discusión sobre esos extremos debe ser siempre posible en un procedimiento declarativo ordinario y que, además, cuente con la adecuada publicidad registral. Y, asimismo, que ningún título de dominio conocido por el órgano encargado de la ejecución puede ser ignorado en la publicidad de la subasta.

En esas posibles reformas normativas, se deberían destacar las siguientes sugerencias:

I. Partimos de un hecho: la ventaja de la interposición de la tercería de dominio por quien alega ser *verus dominus*, es que la simple admisión de la demanda paraliza el procedimiento de ejecución (art. 696.2 LEC); frente a este efecto, el procedimiento declarativo sobre el mismo objeto, presenta el inconveniente no solamente de no paralizar la ejecución, sino de dificultar la constancia en la misma de la pendencia del procedimiento declarativo, pues ello depende de la adopción como medida cautelar de la anotación preventiva de la demanda. Sería oportuno plantear una solución legal que permitiera obviar estos inconvenientes: o bien arbitrando un mecanismo cautelar de publicidad registral para informar del previsible litigio acerca de la titularidad que se avecina cuando se inadmite la demanda de tercería o se desestima; este mecanismo debiera tener un carácter provisional (en tanto que se confirma esta medida en el procedimiento declarativo que se inicie en cierto plazo); o bien otorgar la competencia para el conocimiento de este litigio declarativo al propio órgano judicial en que se siga la ejecución, con lo que se eliminarían los desfases temporales entre la inadmisión de la demanda de tercería o la desestimación de esta, y la adopción de medidas cautelares de publicidad dentro del procedimiento declarativo, y que pueden hacer ilusoria de ejecución de la Sentencia que se obtenga en este último. Y es que un dato tan importante para la ejecución debe ser adecuadamente publicado. Con independencia de ello: en el régimen vigente ya hemos dicho que en los anuncios de la subasta no se puede omitir la existencia de cualquier título que cuestione la válida constitución de la hipoteca.

II. Sería conveniente prever una reforma de la tercería de dominio y de los procedimientos declarativos acerca de la titularidad del bien. Aun admitiendo que en una eventual reforma se pueda seguir manteniendo que el litigio acerca de la titularidad del bien hipotecado no produzca la paralización de la ejecución; al menos se debiera garantizar suficientemente el derecho de quien participa

en una subasta realizada en estas circunstancias, pues en la actualidad quien lo hace no cuenta con seguridad ni en cuanto a la adquisición que pretende, ni con relación a la recuperación del precio que satisfaga. En este sentido, sería preciso aclarar que el rematante no debe soportar el riesgo jurídico de su adquisición; por otra parte, también sería adecuado regular expresamente la posibilidad de que el rematante suspenda el pago del precio del remate; que, pese a que lo abone, se retenga a su disposición, o, al menos, que pueda pedir al ejecutante garantía suficiente de su eventual restitución, todo ello hasta que se dilucide el litigio declarativo sobre la titularidad, haciendo así posible deshacer las consecuencias de la subasta sin perjuicio para el adjudicatario del bien.

III. Es muy probable que sea necesario clarificar el tratamiento normativo de la cancelación de la anotación preventiva de la demanda en la que se discuta sobre la validez de la hipoteca, para evitar que se siga extendiendo la práctica propiciada por la interpretación de las normas vigentes realizada por la Dirección General de los Registros y del Notariado de permitir su cancelación tras la adjudicación cuando se haya practicado con posterioridad a la nota marginal de expedición del certificado de dominio y cargas. De admitirse esta cancelación, se pierde el sentido propio de esta anotación preventiva, lo cual influye en la propia consistencia del sistema de protección de los derechos subjetivos en el caso de la ejecución hipotecaria, y a nuestro juicio cuestiona abiertamente su constitucionalidad.

JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA OFICIAL CITADA

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- STJUE (Sala Primera) 14 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 89)
- STJUE (Sala Primera) 17 de julio de 2014 (TJCE 2014, 106)
- STJUE de 29 de octubre de 2015 *(JUR* 2015, 248737)

Tribunal Constitucional

- STC de 18 de diciembre de 1981 *(RTC* 1981, 41)
- STC de 9 de mayo de 1995 *(RTC* 1995, 69)

Tribunal Supremo

- STS de 15 de marzo de 1958 (Roj: STS 189/1958 - ECLI:ES:TS:1958:189)
- STS de 14 de junio de 1984 *(RJ* 1984/3239)

- STS de 17 de octubre de 1989 *(RJ* 1989, 6928)
- STS de 26 de marzo de 1991 *(RJ* 1991, 2446)
- STS de 26 de septiembre de 1991 *(RJ* 1991, 6069)
- STS de 8 de noviembre de 1991 *(RJ* 1991, 8148)
- STS de 18 de noviembre de 1993 *(RJ* 1993, 9149)
- STS de 10 de octubre de 1996 *(RJ* 1996, 7552)
- STS de 29 de enero de 1997 *(RJ* 1997, 145)
- STS de 26 de abril de 1997 *(RJ* 1997, 3862)
- STS de 28 de noviembre de 1997 *(RJ* 1997, 8430)
- STS de 14 de junio de 2000 *(RJ* 2000, 4413)
- STS de 20 de junio de 2001 *(RJ* 2001, 4346)
- STS de 25 de octubre de 2004 *(RJ* 2004, 7033)
- STS de 28 de febrero de 2006 *(RJ* 2006, 696)
- STS de 4 de mayo de 2006 *(RJ* 2006, 2209)
- STS de 9 de junio de 2006 *(RJ* 2006, 2381)
- STS de 28 de septiembre de 2006 *(RJ* 2006, 8717)
- STS de 16 de marzo de 2007 *(RJ* 2007, 1856)
- STS de 20 de marzo de 2007 *(RJ* 2007, 1849)
- STS de 10 de octubre de 2007 *(RJ* 2007, 6812)
- STS de 15 de julio de 2008 *(RJ* 2008, 3365)
- STS de 31 de marzo de 2011 *(RJ* 2011, 4252)
- STS de 21 de febrero de 2012 *(RJ* 2012, 4985)
- STS de 22 de febrero de 2013 *(RJ* 2013, 1609)
- STS de 10 de abril de 2015 *(RJ* 2015, 2595)
- STS de 19 de mayo de 2015 *(RJ* 2015, 2612)
- STS de 1 de marzo de 2016 *(RJ* 2016, 927)
- STS de 3 de junio de 2016 *(RJ* 2016, 2320)
- STS de 21 de julio de 2016 *(RJ* 2016, 3444)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- AAP Zamora, 22 de junio de 1995 *(AC* 1995, 1178)
- SAP Málaga, 5 de diciembre de 2003 *(JUR* 2004, 66971)
- AAP Cantabria, 8 de mayo de 2012 *(AC* 2013, 267)
- SAP Toledo, 17 de mayo de 2012 *(JUR* 2012, 25018)
- AAP Madrid, 7 de mayo de 2013 *(AC* 2014, 2178)
- AAP Valencia, 27 de enero de 2015 *(JUR* 2015, 131182)
- AAP Madrid, 22 de junio de 2015 *(AC* 2015, 958)
- SAP Asturias, 22 de junio de 2015 *(JUR* 2015, 249606)
- AAP Granada, 14 de diciembre de 2015 *(JUR* 2016, 114673)
- SAP Pontevedra, 21 de abril de 2016 *(JUR* 2016, 120265)

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- RDGRN de 11 de mayo de 2001 *(RJ* 2001, 4791)
- RDGRN de 18 de marzo de 2002 *(RJ* 2002, 6186)
- RDGRN de 27 de marzo de 2002 *(RJ* 2002, 6161)
- RDGRN de 19 de junio de 2002 *(RJ* 2002, 8912)
- RDGRN de 13 de enero de 2005 *(RJ* 2005, 1106)
- RDGRN de 20 de julio de 2005 *(RJ* 2005, 9776)
- RDGRN de 4 de julio de 2011 *(RJ* 2011, 4886)
- RDGRN de 18 de septiembre de 2013 *(RJ* 2013, 7617)
- RDGRN de 23 de octubre de 2014 *(RJ* 2014, 6104)

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

ADÀN DOMÉNECH, F., *La ejecución hipotecaria,* Bosch, Barcelona, 2009.

ALBALADEJO GARCÍA, M., La nulidad de los préstamos usurarios, *ADC,* 1995, 33-49.

ARIAS LOZANO, D., Algunas consideraciones sobre el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, en *Estudios sobre derecho procesal*, vol. 3 (dirigido por Ignacio Díez-Picazo Giménez y Julián Martínez-Simancas y Sánchez), Madrid, 1996, 2751-2773.

ARRIETA SEVILLA, L. J., *La doble inmatriculación registral*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2009.

ASENCIO MELLADO, J. M., *Derecho Procesal Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

BANACLOCHE PALAO, J., Contradicción y oposición en el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, *Tribunales de Justicia,* 8-9/1997, 835-847.

CASERO LINARES, L., *El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, Bosch, 2014.

CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos,* Pamplona, Aranzadi, 2010.

CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J, *Tratado de los derechos de garantía,* I, 3.ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2015.

CEDEÑO HERNÁN, M., Las especialidades de la ejecución sobre bienes inmuebles hipotecados, en *El proceso de ejecución forzosa. Problemas actuales y soluciones jurisprudenciales* (coordinador Álvaro Gutiérrez Berrinches), Madrid, La Ley, 2015, 825-917.

CLEMENTE MEORO, M. E., *Doble inmatriculación de fincas en el Registro de la Propiedad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

CORDERO LOBATO, E., Comentario al artículo 1857, en Bercovitz (coord.), *Comentarios al Código Civil,* Tomo IX, Valencia, 2013.

CORDÓN MORENO, F., en CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J. J., y TAPIA FERNÁNDEZ, I., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. II, 2.ª edición, Pamplona, 2011.

CRESPO ALLUÉ, F., en LORCA NAVARRETE, A. M.*, Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,* III, Valladolid, 2000.

CRUZ GALLARDO, B., *Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores. Práctica registral y procesal,* Las Rozas (Madrid), La Ley, 2014.

DE LA OLIVA, A., y otros, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001.

DE LA PUENTE ALFARO, F., La ejecución de la hipoteca por el procedimiento sumario y la demanda de nulidad de título o de nulidad de actuaciones, *RCDI*, 1997, núm. 643, 2139-2196.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díez Alabart), Tomo XVII, vol. 2.º, artículos 1281 a 1314, 1995, Madrid, Edersa.

DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M. A., *Las nulidades de los contratos*. Madrid, Dykinson, 2005.

DE PABLO CONTRERAS, P., *Curso de Derecho Civil (III). Derechos reales,* Madrid, 2014.

— *Hipoteca, su ejecución y dación en pago,* Cizur Menor (Navarra), 2014.

DÍAZ FRAILE, J. M., La deuda hipotecaria ante su ejecución: la tasación del bien hipotecado, en M. Espejo Lerdo de Tejada, y J. P. Murga Fernández (dir.), *Vivienda, préstamo y ejecución*, Pamplona, Aranzadi, 2016, 345 y sigs.

— *Ejecución judicial sobre bienes hipotecado*s, Madrid, 2000.

— Nota sobre los posibles inconvenientes de cerrar el Registro de la Propiedad a las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de las hipotecas en caso de que se soliciten una vez iniciado el procedimiento judicial sumario, *Boletín Colegio de Registradores,* núm. 48, mayo de 1999, 1189-1192.

DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, VI, Cizur Menor (Navarra), 2012.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.), *Comentarios al Código Civil,* Valladolid, 2010.

— *Comentarios a la Ley Hipotecaria,* Cizur Menor (Navarra), 2.ª edición, 2016.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La tercería de dominio y la transmisión de inmuebles. La defensa de los derechos reales en la ejecución singular,* Cizur Menor (Navarra), 2015.

— El contenido financiero del préstamo y la protección del deudor hipotecario: algunas cuestiones actuales, *RCDI*, Año núm. 91, núm. 748, 2015, 605-644.

— Prioridad registral y buena fe. Valor jurídico de la inscripción de la hipoteca. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2000, en CLEMENTE MEORO, M. E., *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en Homenaje al profesor Celestino Cano Tello*, Valencia, 2002, Editorial Tirant lo Blanch, 187-198.

— La hipoteca no inscrita y su valor jurídico. Comentario a la Sentencia núm. 368/2016 de 3 de junio *(RJ* 2016, 2320), *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2017, núm. 42, en prensa.

— Consideraciones acerca de la tercería de dominio y el procedimiento declarativo en el supuesto de la hipoteca constituida *a non domino,* en *El proceso civil ante el nuevo reto de un nuevo panorama socioeconómico* (dirs. G. García-Rostán Calvín/ J. Sigüenza López), Cizur Menor (Navarra), 2017 (en prensa).

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A. y otros, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,* III, Barcelona, 2000.

GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El proceso de ejecución forzosa en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Comentarios, jurisprudencia y formularios generales al libro III (De*

la ejecución forzosa) de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, 6.ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2016.

GARCÍA GARCÍA, J. M., *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, Madrid Civitas, 1994.

— El Registro de la Propiedad y los procedimientos de realización del valor. Dos enmiendas imprescindibles al Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, *Lunes 4.30,* núm. 257, 1999, 11-21.

— *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil,* I, 8.ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2014.

GARCÍA RUBIO, B., El procedimiento ejecutivo en reclamación de un crédito hipotecario, en *Estudios sobre derecho procesal*, vol. 3 (dirigido por Ignacio Díez-Picazo Giménez y Julián Martínez-Simancas y Sánchez), Madrid, 1996, 2775- 2795.

GIMÉNEZ GÓMIZ, G., El procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Especial referencia a las causas de suspensión 1.ª y 2.ª recogidas en el artículo 132 de la mencionada Ley, en *Estudios sobre derecho procesal*, vol. 3 (dirigido por Ignacio Díez-Picazo Giménez y Julián Martínez-Simancas y Sánchez), Madrid, 1996, 2937-2975.

GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., La ejecución hipotecaria en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en VVAA, *Cuestiones procesales y registrales en la ejecución hipotecaria,* Estudios de Derecho judicial, 23, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, 215-272.

— La normalización del Derecho Hipotecario Procesal. La ejecución ordinaria e hipotecaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento, *RCDI,* núm. 659, 2000, 1857-1926.

GORDILLO CAÑAS, A., El principio de fe pública registral (II), *ADC,* 2008-III, 1057 y sigs.

HERBOSA MARTÍNEZ, I., *El despacho de la ejecución hipotecaria. Causas de oposición y suspensión,* Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, 2006.

HERRERO PEREZAGUA, J. F., Principios de la ejecución hipotecaria y la protección del consumidor, en M. Espejo Lerdo de Tejada y J. P. Murga Fernández (dir.), *Vivienda, préstamo y ejecución*, Pamplona, Aranzadi, 2016, 303 y sigs.

JURADO JURADO, J. J., *Procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados*, Barcelona, Bosch, 2001.

LARRONDO LIZARRAGA, J. M., Doctrina del Tribunal Constitucional sobre el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Exposición sistemática, en VVAA, *Cuestiones procesales y registrales en la ejecución hipotecaria,* Estudios de Derecho judicial, 23, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, 273-310.

Leyes Hipotecarias y Registrales de España, Madrid, 1989 a 1991.

MANZANO SOLANO, A., Cancelación de asientos como consecuencia de la ejecución hipotecaria, en VVAA, *Cuestiones procesales y registrales en la ejecución hipotecaria,* Estudios de Derecho judicial, 23, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, 311-430.

MARÍN CASTÁN, F. (dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

MARTÍN DIZ, F., *La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles. Su tratamiento legal en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Granada, Comares, 2000.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., Principios inspiradores de la hipoteca, crisis económica y normas de excepción, en Espejo Lerdo de Tejada, M. y Murga Fernández, J. P. (dir.), *Vivienda, préstamo y ejecución*, Pamplona, Aranzadi, 2016, 259 y sigs.

MONSERRAT VALERO, A., *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria (art. 131 LH)*, Pamplona, Aranzadi, 1998.

— *Las novedades de la ejecución hipotecaria en la LEC 2000*, Civitas, Madrid, 2002.

MONTERO AROCA, J., *Tratado de ejecuciones hipotecarias,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

— *Las ejecuciones hipotecarias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

— *Procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria (doctrina, jurisprudencia y formularios)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.

MORELL Y TERRY, J., *Comentarios a la Legislación hipotecaria,* 2.ª edición, tomo 4, Madrid, Reus, 1930.

MURGA FERNÁNDEZ, J. P., *Profili civilistici della vendita giudiziale di beni immobili in Italia e in Spagna*, Bolonia (tesis doctoral), 2014. Disponible en: http://amsdottorato.unibo.it/6272/1/TESI_PROFILI_CIVILISTICI_DELLA_VENDITA_GIUDIZIALE._Marzo_2014._Juan_Pablo_Murga_Fern%C3%A1ndez.pdf

— *Subasta judicial y transmisión de la propiedad,* Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2015.

— Desafectación tácita de bienes de dominio público y la configuración del presupuesto de la buena fe de principio de fe pública registral: a propósito de la STS de 12 de enero de 2015 *(RJ* 2015, 185), *Boletín del Colegio de Registradores de España,* núm. 15, marzo de 2015, 175-179.

— La configuración de la buena fe del tercero hipotecario: breves notas en defensa de su concepción *ética*, en *Cuestiones actuales de Derecho Patrimonial desde una perspectiva ítalo-española* (coord. J. P. Murga Fernández y S. Tomás Tomás), Valencia, 2013, 103-120.

— Operatividad del principio de fe pública registral en el ámbito de la venta judicial de cosa ajena: acogimiento jurisprudencial de la doctrina uniforme sentada sobre la materia de 2007, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2012, núm. 28, 365-385.

PANISELLO MARTÍNEZ, J., El procedimiento para la ejecución de los bienes hipotecados y pignorados, en *La ejecución hipotecaria. Análisis, procedimiento, ejecución y formularios* (director, Francisco José Sospedra Navas), Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2.ª ed., 2012, 375-626.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario,* II, Madrid, 2001.

RAMÓN CHORNET, J. C., La oposición a la ejecución hipotecaria en la nueva LEC 2000, *La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,* Estudios de Derecho judicial, 31, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, 397-505.

RAMOS CHAPARRO, E., *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca,* Cizur Menor (Navarra), 2008.

RIVAS TORRALBA, R. A., *Aspectos registrales del proceso de ejecución,* Barcelona, 2012.

RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, Madrid, Dilex, 2004.

ROCA SASTRE, R. M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., y BERNÁ I XIRGO, J., *Derecho Hipotecario,* Tomos VII y X, 9.ª edición, Barcelona, 2009.

SIGÜENZA LÓPEZ, J., La necesidad de repensar el actual sistema de ejecución hipotecaria, en M. Espejo Lerdo de Tejada y J. P. Murga Fernández (dir.), *Vivienda, préstamo y ejecución*, Pamplona, Aranzadi, 2016, 497 y sigs.

TORIBIOS FUENTES, F. (dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valladolid, Lex Nova, 2014, 2.ª edición.

VILLAGRASA ALCAIDE, C., *La deuda de intereses,* Barcelona, EUB, 2002.

NOTAS

[1] Sobre esta cuestión pueden verse las contribuciones de MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., Principios inspiradores de la hipoteca, crisis económica y normas de excepción, en M. Espejo Lerdo de Tejada y J. P. Murga Fernández (dir.), *Vivienda, préstamo y ejecución*, Pamplona, Aranzadi, 2016, pp. 259 y sigs., y HERRERO PEREZAGUA, J. F., «Principios de la ejecución hipotecaria y la protección del consumidor», en M. Espejo Lerdo de Tejada y J. P. Murga Fernández (dir.), *Vivienda, préstamo y ejecución,* cit., pp. 303 y sigs.

[2] En la doctrina se ha hablado muy oportunamente de la necesidad de reflexionar sobre el sistema vigente de ejecución hipotecaria: así, recientemente, SIGÜENZA LÓPEZ, J., La necesidad de repensar el actual sistema de ejecución hipotecaria, en *Vivienda, préstamo y ejecución,* cit., pp. 497 y sigs., lo que ha llevado incluso a cuestionarse si es preciso realmente un proceso especial de ejecución hipotecaria (cfr. pp. 511 y sigs.)

[3] ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La tercería de dominio y la transmisión de inmuebles. La defensa de los derechos reales en la ejecución singular,* Cizur Menor (Navarra), 2015.

[4] A veces estas reformas no han logrado siquiera que los mecanismos arbitrados resulten suficientes en su propio ámbito de atención: cfr. STJUE de 29 de octubre de 2015 *(JUR* 2015, 248737).

[5] Sobre los referidos problemas: MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Principios inspiradores de la hipoteca, crisis económica y normas de excepción,* cit., pp. 292 y sigs.; DÍAZ FRAILE, J. M., *La deuda hipotecaria ante su ejecución: la tasación del bien hipotecado,* en M. Espejo Lerdo de Tejada y J. P. Murga Fernández (dir.), *Vivienda, préstamo y ejecución,* cit., pp. 345 y sigs.

[6] Recientemente se muestra en contra de esta posibilidad de aplicación de la protección del artículo 34 LH al acreedor hipotecario: DE PABLO CONTRERAS, P., *Hipoteca, su ejecución y dación en pago,* Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 15-16. Pero la solución del texto, contraria a la opinión de este autor, es pacífica en la doctrina y en la jurisprudencia, ya que el propósito de dar seguridad a quien contrata o da dinero a préstamo confiando en la publicidad del Registro constituye una de las finalidades de nuestra legislación hipotecaria. Baste para demostrarlo el siguiente pasaje de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861: «debe decir la comisión cómo entiende la publicidad. Consiste esta en que desaparezcan las hipotecas ocultas; en que no pueda perjudicar al contrayente de buena fe ninguna carga que gravite sobre la propiedad si no se halla escrita en el registro; en que quien tenga derechos que haya descuidado inscribir, no perjudique por una falta que a él solo es imputable al que, sin haberla cometido, ni podido conocer, adquiera la finca gravada o la reciba como hipoteca en garantía de lo que se le debe». En la doctrina puede verse en esta misma dirección, por todos, GORDILLO CAÑAS, A., El principio de fe pública registral (II), *ADC,* 2008-III, pp. 1090 y sigs. Sobre esta cuestión y en el plano jurisprudencial, *vid.,* también MURGA FERNÁNDEZ, J. P., Operatividad del principio de fe pública registral en el ámbito de la venta judicial de cosa ajena: acogimiento jurisprudencial de la doctrina uniforme sentada sobre la materia de 2007, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2012, núm. 28, pp. 382 y 383. La opinión del profesor DE PABLO probablemente está motivada por la real necesidad

de abrir en la ejecución un cauce de defensa al propietario, que las normas vigentes se han empeñado en dificultar (con toda probabilidad de un modo innecesario y poco justificado como argumentamos en este trabajo); pero a nuestro juicio buscar la defensa del propietario de este modo supone llegar demasiado lejos, pues se desactivaría la función propia del Registro de la Propiedad.

[7] Es cierto que se puede decir que los supuestos de constitución de hipoteca *a non domino* son poco frecuentes. Naturalmente también es difícil que «se produzca algún error en la determinación de cuál ha de ser el bien o bienes» afectados a la ejecución; desde este punto de vista la situación es muy diferente a la de la ejecución general, en la que para embargar basta la existencia de signos externos de titularidad de los mismos con lo «que las posibilidades de embargar bienes que no pertenezcan a la esfera patrimonial del ejecutado se multiplican»: así GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El proceso de ejecución forzosa en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Comentarios, jurisprudencia y formularios generales al libro III («De la ejecución forzosa») de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, 6.ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 1297. Y asimismo es verdad que la parte acreedora se asegura de que el bien hipotecado pertenece al deudor (*loc. ult. cit.*). Pero es que el problema, aunque no se plantea en la hipoteca exactamente en los mismos términos ni con la misma dimensión con que lo hace en la ejecución ordinaria, también se puede suscitar y de hecho se suscita; basta para ello que exista una titularidad extrarregistral que se opone a la registral. La hipótesis no es tan rara: lo demuestra el hecho de que la solución de este tipo de supuestos, el choque del Registro con la realidad jurídica extrarregistral, constituya una parte importante del Derecho registral. En cualquier caso, si traemos aquí la consideración de esta materia, no es en razón de su mayor o menor frecuencia práctica, sino para examinar si el sistema normativo da respuesta suficiente al caso, improbable si se quiere pero posible, de que la hipoteca esté mal constituida por serlo *a non domino*.

[8] *Vid.,* BANACLOCHE PALAO, J., Contradicción y oposición en el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, *Tribunales de Justicia,* 8-9/1997, pp. 835-847.

[9] BLASCO GASCÓ, F. P., Comentario al artículo 1857 del Código Civil, en Domínguez Luelmo, A. (dir.), *Comentarios al Código Civil,* Valladolid, 2010, p. 1991.

[10] Para la primera opinión, CORDERO LOBATO, E., en CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J, *Tratado de los derechos de garantía,* I, 3.ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 676-677. Y, para la segunda, RAMOS CHAPARRO, E., *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca,* Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 170-173 y 215, que en este punto sigue a GORDILLO. Finalmente, habría que tener en cuenta que el referido requisito vendría referido a la adquisición normal de la hipoteca, y no a su constitución *a non domino,* que se regiría no por la regla del Código, sino por el sistema del artículo 34 LH: así GORDILLO CAÑAS, A., *El principio de fe pública registral (II),* cit., pp. 1090-1091. Ya hemos dicho que en contra de esta última interpretación se muestra DE PABLO CONTRERAS, P., *Hipoteca, su ejecución y dación en pago,* cit., pp. 13 y 16 y sigs., quien considera que la falta de titularidad del constituyente es una causa de nulidad del contrato de hipoteca; y que, por tanto, este defecto no queda convalidado por la inscripción (art. 33 LH), si bien en su opinión estaríamos ante una nulidad que solamente afecta a las partes del contrato, y no a los terceros que traigan causa del acreedor hipotecario y que adquieren el dominio, salvo que se hubiera anotado preventivamente la demanda de nulidad del contrato de hipoteca antes que realizaran su adquisición.

[11] Así lo ha admitido la RDGRN de 4 de julio de 2011 *(RJ* 2011, 4886), que se planteaba si podía cancelarse la hipoteca en virtud de una transacción judicial acerca de la titularidad del constituyente de la hipoteca, que no había consentido el acreedor hipotecario, y que resolvió el caso diciendo que «tal cancelación no puede afectar al derecho del acreedor hipotecario, pues se trata de un tercero protegido por el artículo 34, que, de conformidad con lo que establece dicho artículo, no puede ser afectado por la nulidad del título de su otorgante cuando la causa de tal nulidad no resulta del propio Registro». Así, también lo ha entendido la STC de 9 de mayo de 1995 *(RTC* 1995, 69), en un supuesto en el que sobre la cosa se había constituido

un derecho de usufructo, en escritura pública, y posteriormente una hipoteca que se adelantó en su inscripción al usufructo: «la interpretación efectuada por el juzgador de instancia parece razonable, ya que el principio de purga o extinción de los derechos posteriores a la constitución de la hipoteca que deriva de la ejecución hipotecaria, puesto en relación con los principios hipotecarios de inoponibilidad de los títulos no inscritos (art. 606 del Código Civil y art. 32 LH), de fe pública registral (art. 34 LH), y de legitimación o exactitud registral (art. 38 LH), permiten sostener *prima facie* que el derecho de usufructo, cualquiera que sea la fecha de su constitución, inscrito con posterioridad al derecho de hipoteca, no puede perjudicar ni ser oponible al adjudicatario de la finca hipotecada en el procedimiento de ejecución hipotecaria (art. 131.8.ª, LH)». *Vid.,* asimismo en idéntico sentido, la jurisprudencia civil citada en la nota 13 siguiente, y, en general, en todo este apartado y sus correspondientes notas.

[12] Así GORDILLO CAÑAS, A., *El principio de fe pública registral (II),* cit., pp. 1090-1091.

[13] Así la STS de 10 de octubre de 2007 *(RJ* 2007, 6812): «la persona que constituye la hipoteca debe ser propietaria del inmueble que se hipoteca y si no lo es, falta un presupuesto de eficacia que puede determinar la ineficacia del gravamen (del mismo modo que no puede venderse la cosa de otro) por falta del poder disposición; pero ello se entiende sin perjuicio del efecto convalidante de la protección registral o de la adquisición *a non domino* (como también ocurre en la venta de cosa ajena)». Por su parte, la STS de 29 de enero de 1997 *(RJ* 1997, 145), en una acción declarativa contra la validez de la hipoteca, dijo: «Si después de la enajenación, cuya validez no se discute, la vendedora hipotecó como si fuera verdadera propietaria civil siendo así que solo lo era para el Registro de la Propiedad porque todavía figuraba inscrita a su favor esa propiedad, el tercero goza de la protección registral (…) Otra cosa es que el tercero no reúna los requisitos que exige el artículo 34 LH». *Vid.,* también, en el mismo sentido de ser posible la hipoteca constituida *a non domino,* las SSTS de 21 de julio de 2016 *(RJ* 2016, 3444), 10 de abril de 2015 *(RJ* 2015, 2595), 31 de marzo de 2011 *(RJ* 2011, 4252), 16 de marzo de 2007 *(RJ* 2007, 1856), 17 de octubre de 1989 *(RJ* 1989, 6928) y 15 de marzo de 1958 (Roj:STS 1958, 189 - ECLI:ES:TS:1958:189). En este último caso sería posible dudar, frente a lo afirmado por la STS, que debiera jugar a favor del acreedor hipotecario el artículo 34 LH pues el inmueble se encontraba doblemente inmatriculado; ARRIETA SEVILLA, L. J., *La doble inmatriculación registral*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2009, p. 274, reconoce que el hipotecante no tenía mejor derecho sobre la finca, pero entiende procedente aplicar al acreedor hipotecario la protección del artículo 34 LH; pero no nos convence su explicación: que la protección del acreedor hipotecario en los casos de doble inmatriculación deba ser especial y más intensa, y que ello obedece a la naturaleza registral de la hipoteca. De nuevo se plantea un caso de doble inmatriculación en las SSTS de 26 de marzo de 1991 *(RJ* 1991, 2446) y 20 de marzo de 2007 *(RJ* 2007, 1849). En la jurisprudencia menor también reconoce la posible constitución *a non domino* de una hipoteca la reciente SAP Pontevedra de 21 de abril de 2016 *(JUR* 2016, 120265), si bien en el caso no procedía aplicar esa doctrina ya que, aunque existía una compraventa del bien hipotecado anterior a la garantía, parece que no hubo entrega ni, por tanto transmisión de la propiedad previa a la constitución de la hipoteca.

[14] Sobre el momento en que el hipotecante debe tener inscrito su derecho para que juegue el artículo 34 LH, la STS de 10 de abril de 2015 *(RJ* 2015, 2595) es clara: se exige que al tiempo de concertar la hipoteca figure ya como titular registral el deudor. Decimos por tanto que «casi siempre» se cumplirá el requisito de que la hipoteca la constituye el titular que según el Registro está facultado para ello porque, junto con el caso anterior, no debemos olvidar tampoco el supuesto de la doble inmatriculación, que, a nuestro juicio, debería entenderse como una excepción a la aplicación del principio de fe pública registral. Sobre el tratamiento de la doble inmatriculación, tan controvertido, no podemos entrar en todos los detalles. Valga la remisión, al estado de la cuestión sobre este punto, a GORDILLO CAÑAS, A., *El principio de fe pública registral (II),* cit., pp. 1206 y sigs.; ARRIETA SEVILLA, L. J., *La doble inmatriculación registral,* cit. En un sentido parcialmente discrepante, se

ha mostrado, siguiendo una línea jurisprudencial antigua sobre este particular que parece consolidada tras la STS de 19 de mayo de 2015 *(RJ* 2015, 2612), CLEMENTE MEORO, M. E., *Doble inmatriculación de fincas en el registro de la propiedad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, *passim*. Y, *vid*., además la nota 13 anterior, en cuanto a la jurisprudencia específica en materia de hipoteca sobre este problema de la doble inmatriculación. En cualquier caso, sin entrar en el detalle de este debate, a nuestros efectos basta dejar sentado que sigue vigente en nuestra jurisprudencia la idea de «la neutralización recíproca de los principios registrales en los supuestos de doble inmatriculación de la finca» [en palabras de la STS de 19 de mayo de 2015 *(RJ* 2015, 2612)]; de modo que la fe pública registral no puede proteger al adquirente, al menos no lo hace siempre, cuando existe una previa doble o múltiple inmatriculación.

[15] Así CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., Comentario al artículo 107 LH, en A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Cizur Menor (Navarra), 2.ª edición, 2016, pp. 1046-1047 (quien alude específicamente a la falta de efectividad ejecutiva de la hipoteca). Hay, pues, una hipoteca condicional: RAMOS CHAPARRO, E., *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca,* cit., p. 512.

[16] RAMOS CHAPARRO, E., *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca,* cit., p. 511.

[17] RAMOS CHAPARRO, E., *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca,* cit., p. 511.

[18] CORDERO LOBATO, E., *Tratado de los derechos de garantía,* I, cit., pp. 693 y 747.

[19] Se refiere a las dos posibilidades interpretativas, y se inclina por la segunda, por los argumentos que desarrollamos en el texto PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario,* II, Madrid, 2001, pp. 289-290. Esta misma tesis se deduce de las palabras de CERDEIRA, *loc. ult. cit.,* a tenor de las cuales lo que resulta condicionado es la virtualidad ejecutiva de la hipoteca.

[20] Si no se atiende a nada de esto nos encontramos con la extraña situación de que el rematante deba reclamar el precio abonado, lo que nos llevaría a tener que decidir quién estaría obligado a restituirlo. Para PEÑA, como acabamos de ver, la persona obligada sería el hipotecante, lo que parece lo natural al hilo de las normas propias de la evicción, pero choca con un dato especial que se da en nuestro caso: el conocimiento efectivo del debate o litigio acerca de la titularidad que necesariamente tiene el adjudicatario (por hipótesis, ya que ello figura en el asiento de la hipoteca); mientras que para DE PABLO CONTRERAS, *Hipoteca, su ejecución y dación en pago,* cit., p. 87 la persona obligada sería el acreedor hipotecario. Bajo esta diferencia de criterio late la discusión doctrinal acerca de la aplicación del artículo 1489 del Código Civil a las ventas judiciales, sobre lo cual no nos podemos detener, sobre ello es inexcusable ver el tratamiento de MURGA FERNÁNDEZ, J. P., *Profili civilistici della vendita giudiziale di beni immobili in Italia e in Spagna*, Bolonia (tesis doctoral), 2014, pp. 537 y sigs. disponible en: http://amsdottorato.unibo.it/6272/1/TESI_PROFILI_CIVILISTICI_DELLA_VENDITA_GIUDIZIALE._Marzo_2014._Juan_Pablo_Murga_Fern%C3%A1ndez.pdf. Del mismo autor: *Subasta judicial y transmisión de la, propiedad,* Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2015, pp. 418 y sigs. Sea lo que sea más oportuno entender sobre esta problemática general, parece claro que el legislador no contó con que una hipoteca en estas condiciones pudiera ser objeto de ejecución: esa es la razón de no haber resuelto la ley a cargo de quien queda la obligación de restitución.

[21] No si es posterior, porque entonces la condición de ese adquirente es la de tercer poseedor.

[22] Naturalmente, cabría pensar también en que quien sostiene judicialmente su dominio, y combate la procedencia de la ejecución, debe responder de los perjuicios que su proceder pueda irrogar al ejecutante.

[23] Así, también lo resulta para GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., La normalización del Derecho Hipotecario Procesal. La ejecución ordinaria e hipotecaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento, *RCDI,* núm. 659, 2000, pp. 1869-1870.

[24] Incluso se ha admitido recientemente que la previa hipoteca no inscrita sea oponible al segundo acreedor hipotecario que la conocía: STS de 3 de junio de 2016 *(RJ* 2016, 2320). La hemos comentado en La hipoteca no inscrita y su valor jurídico. Comentario a la Sentencia núm. 368/2016 de 3 de junio *(RJ* 2016, 2320), *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2017, núm. 42, en prensa. Sobre el tema: *vid*. también ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., Prioridad registral y buena fe. Valor jurídico de la inscripción de la hipoteca. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero del 2000, en CLEMENTE MEORO, M. E., *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en Homenaje al profesor Celestino Cano Tello*, Valencia, 2002, Editorial Tirant lo Blanch, pp. 187-198. Sobre esta materia deben tenerse en cuenta las interesantes consideraciones de RAMOS CHAPARRO, E., *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca,* cit., pp. 157-168 y 223-23.

[25] *Vid*. STS de 28 de noviembre de 1997 *(RJ* 1997, 8430), y allí referencias.

[26] GORDILLO CAÑAS, A., *El principio de fe pública registral (II),* cit., pp. 1091 y sigs. En este sentido, nos parece errónea la protección mediante el artículo 34 LH de una hipoteca que se constituye en garantía de una deuda que se reconoce en la misma escritura de constitución de la hipoteca, pese a que así lo apreciara la STS de 25 de octubre 2004 *(RJ* 2004, 7033). Probablemente esta STS pudo llegar a esta solución porque los recurrentes no alegaron que la constitución de la hipoteca en estas circunstancias tiene título gratuito, aunque no hubiera estado de más que hubiera indicado que faltaba título oneroso.

[27] Por esta razón no se debiera admitir que la solución del artículo 696 LEC viene impuesta por la naturaleza de la garantía, ni que la calificación de la escritura de hipoteca por el Registrador y su inscripción revelan una regular constitución, ni que se trata de hacer prevalecer siempre a la hipoteca, salvo frente a títulos inscritos antes. En cambio, sostiene estas opiniones CARRASCO GARCÍA, F. A., en Marín Castán, F. (dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 3074. También hace estas afirmaciones el AAP Valencia 27 de enero de 2015 *(JUR* 2015, 131182).

[28] A nuestro juicio la STS de 14 de junio de 2000 *(RJ* 2000, 4413) resulta algo confusa si se entendiera que exige cumulativamente la condición de tercero protegible tanto del acreedor hipotecario como del adquirente en remate. Enteramente correcta, en cambio, sería la solución de la STS de 4 de mayo de 2006 *(RJ* 2006, 2209), «en el caso presente no existía anotación alguna que afectara a los inmuebles en el momento de ser otorgado el préstamo con garantía hipotecaria y de inscribirse la hipoteca, momento en el que ha de establecerse el requisito de la buena fe del acreedor hipotecario que concede el préstamo en atención a la garantía que para su devolución supone la constitución de la hipoteca»; y ello pese a que posteriormente se anotara una demanda de nulidad de la hipoteca que sí es anterior a la adjudicación al acreedor en el procedimiento de ejecución hipotecario. Pero, a nuestro juicio, esta anotación preventiva no puede impedir que el adjudicatario adquiera el dominio, pues su derecho deriva de la existencia de una válida hipoteca (aunque la validez de esta última solamente cuente con el manto protector del art. 34 LH, y no, en cambio, con el requisito del art. 1857.2 del Código Civil).

[29] Sobre ella, *vid*., el comentario MURGA FERNÁNDEZ, J. P., Desafectación tácita de bienes de dominio público y la configuración del presupuesto de la buena fe de principio de fe pública registral: a propósito de la STS de 12 de enero de 2015 *(RJ* 2015, 185), *Boletín del Colegio de Registradores de España,* núm. 15, marzo de 2015, pp. 175-179. De este mismo autor, sobre la configuración ética de la buena fe del tercero: La configuración de la buena fe del tercero hipotecario: breves notas en defensa de su concepción *ética*, en *Cuestiones actuales de Derecho Patrimonial desde una perspectiva ítalo-española* (coord. J. P. Murga Fernández, y S. Tomás Tomás), Valencia, 2013, pp. 103-120.

[30] Prescindiremos en la argumentación de la crítica que ha merecido esta Sentencia para cierta doctrina que se cuestiona que la existencia o no de indefensión en un procedimiento sea valorada por el TC en relación no con el procedimiento en concreto del que se habla, sino en referencia con el conjunto de procedimientos que el interesado tenga a su disposición: cfr., en este sentido, BANACLOCHE PALAO, J., *Contradicción y oposición en el procedimiento*

del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, cit., p. 837; MONTERO AROCA, J., *Tratado de ejecuciones hipotecarias,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 229. Sea de ello lo que fuere, nos interesará averiguar cuál es la posibilidad de defensa del concreto interesado del que nos ocupamos en estas páginas, y si esa defensa es o no adecuada.

[31] De este modo la STC viene a asumir el planteamiento y la argumentación oficial acerca de la justificación del procedimiento especial de ejecución: la Exposición de Motivos de la Ley de 27 de abril de 1944 insistía en las ideas originarias acerca del mismo: «Una de las mayores preocupaciones de nuestros legisladores fue buscar una fórmula especial ejecutivo-hipotecaria, de resultados rápidos y de gastos limitados, que permitiese al acreedor la fácil efectividad de sus créditos (…) A simplificarlo, sin menoscabo alguno para la garantía del deudor, se encaminan las modificaciones que se introducen»: *Leyes Hipotecarias y Registrales de España,* III, Madrid, 1990, p. 36.

[32] De hecho para CARRASCO GARCÍA, F. A., en F. Marín Castán (dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil,* cit., p. 3082 estaría claro que el legislador va a tener que reformar el procedimiento de ejecución como consecuencia de este último pronunciamiento, aunque no hace alusión a nuestro concreto problema. Nosotros, desde luego, entendemos que el tratamiento legal y la práctica de la materia que estamos estudiando no terminan de ser plenamente coherentes con los principios constitucionales.

[33] Así la STS de 9 de junio de 2006 *(RJ* 2006, 2381). Para RIVAS TORRALBA, R. A., *Aspectos registrales del proceso de ejecución,* Barcelona, 2012, p. 568 esta STS «ha abierto paso a una nueva interpretación, que puede tener importantes repercusiones prácticas». En cuanto a la doctrina crítica con el sistema cabe destacar, según veremos en estas páginas, a PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario,* II, cit., y a DE PABLO CONTRERAS, P., *Hipoteca, su ejecución y dación en pago,* cit., pp. 15 y sigs.

[34] DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., en DE LA OLIVA, A., y otros, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001, p. 1176; CASERO LINARES, L., *El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, Bosch, 2014, p. 37. Así, también la propia *Exposición de Motivos* de la LEC, XVII: «La Ley dedica un capítulo especial a las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados. En este punto, se mantiene, en lo sustancial, el régimen precedente de la ejecución hipotecaria, caracterizado por la drástica limitación de las causas de oposición del deudor a la ejecución y de los supuestos de suspensión de esta. El Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que este régimen no vulnera la Constitución e introducir cambios sustanciales en el mismo podría alterar gravemente el mercado del crédito hipotecario, lo que no parece en absoluto aconsejable».

[35] CASERO LINARES, L., *El proceso de ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil,* cit., pp. 118-119.

[36] DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, VI, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 479; ROCA SASTRE, R. M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÁ I XIRGO, J., *Derecho Hipotecario,* Tomo X, 9.ª edición, Barcelona, 2009, p. 416.

[37] Exposición de Motivos, en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España,* I-I, Madrid, 1989, p. 483.

[38] *Leyes Hipotecarias y Registrales de España,* VI-I, Madrid, 1991, pp. 507-508. En el dictamen de la comisión del Senado, relativo al Proyecto de Ley Hipotecaria de Ultramar, se afirmó que la Ley «introduce una modificación sustancial en cuanto al procedimiento para hacer efectivo el derecho asegurado con hipoteca, que facilitará poderosamente la prestación de capitales a la propiedad inmueble, suprimiendo todas las trabas, dificultades y considerables gastos que hasta ahora venían oponiéndose a su desarrollo. Puede decirse que esta reforma, juntamente con las que ya aprobó el Senado, son las de mayor trascendencia contenidas en el proyecto»: *Leyes Hipotecarias y Registrales de España, VI-I,* cit., pp. 590-591.

[39] *Leyes Hipotecarias y Registrales de España, I-I,* cit., p. 533, para la Ley de 1869; *Leyes Hipotecarias y Registrales de España,* VI-I, p. 535, para la casi idéntica redacción de la Ley Hipotecaria de Ultramar.

[40] El Reglamento general para la ejecución de la Ley Hipotecaria de las provincias de Ultramar (18.VII.1893), en su artículo 175 disponía que «Los procedimientos sumarios a que se refiere esta Sección, no podrán suspenderse por medio de incidentes ni por otro alguno, a instancia del deudor, del tercer poseedor, ni de ningún otro que se presente como interesado, salvo en los siguientes casos: (…) 2.º Si se interpusiere una tercería de dominio, acompañando inexcusablemente con ella título de propiedad de la finca de que se trate, inscrito a favor del tercerista con fecha anterior a la inscripción del crédito del ejecutante y no cancelado en el Registro. (…) Todas las demás reclamaciones que puedan formular, así el deudor como los terceros poseedores y los demás interesados, incluso las que versaren sobre nulidad del título o de las actuaciones, o sobre vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio plenario que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento ejecutivo (…) Al tiempo de interponer la demanda, según el párrafo precedente, o durante el curso del pleito, podrá solicitarse que se asegure la efectividad de la sentencia, con retención del todo o una parte de la cantidad que por el procedimiento ejecutivo deba entregarse al ejecutante…». Acerca de los intentos, de importar estas disposiciones desde Ultramar al sistema general vigente en el resto de España, finalmente logrado por la Ley Hipotecaria de 21 de abril de 1909: vid. MONTERO AROCA, J., *Procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria (doctrina, jurisprudencia y formularios)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 124 y sigs., así como otras referencias. En concreto, si se examinan el texto del artículo 4.ª de la Ley de reforma de 21 de abril de 1909, y del artículo 132 de la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909, se advierte perfectamente cómo se encuentran en ellos todos los criterios acabados de reproducir y que sustancialmente siguen vigentes hoy: *Leyes Hipotecarias y Registrales de España,* II-I, pp. 687 y 736.

[41] GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., La normalización del Derecho Hipotecario Procesal. *La ejecución ordinaria e hipotecaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento,* cit., p. 1911; RAMÓN CHORNET, J. C., La oposición a la ejecución hipotecaria en la nueva LEC 2000, *La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,* Estudios de Derecho judicial, 31, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 481 y sigs.

[42] Cfr. PANISELLO MARTÍNEZ, J., El procedimiento para la ejecución de los bienes hipotecados y pignorados, en *La ejecución hipotecaria. Análisis, procedimiento, ejecución y formularios* (director, Francisco José Sospedra Navas), Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2.ª ed., 2012, p. 584. Ya hemos explicado las razones por las que esta tesis no es correcta: la inaplicación de la protección del artículo 34 LH a un adquirente no exige que exista un derecho contradictorio inscrito, basta que no concurra alguno de los requisitos que la norma considera imprescindibles.

[43] Así ADÀN DOMÉNECH F., *La ejecución hipotecaria,* Bosch, Barcelona, 2009, p. 428; CRUZ GALLARDO, B., *Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores. Práctica registral y procesal,* Las Rozas (Madrid), La Ley, 2014, pp. 807 y 809; aunque en p. 805 afirma, en contradicción con ello, y aceptando el criterio de la STS de 9 de junio de 2006, que es erróneo pensar que el título que sirva de base a la tercería deba estar inscrito en el Registro antes de la constitución de la garantía pues bastaría simplemente que fuera un título anterior.

[44] Así MARTÍN DIZ, F., *La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles. Su tratamiento legal en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Granada, Comares, 2000*,* p. 600.

[45] Así, RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, Madrid, Dilex, 2004, pp. 560 y sigs.; GARCÍA GARCÍA, J. M., *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil,* I, 8.ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 410, nota 313: «para que tales reclamaciones sean eficaces han de poderse reflejar en el Registro a través de anotación preventiva de demanda. Y por ello, de modo similar al supuesto de tercerías de dominio, en que la interposición de estas tiene un límite temporal dentro del procedimiento, también en este caso se ha señalado un límite, que es el de la nota marginal de expedición de certificación de cargas, para evitar que se suspendiese o limitasen los efec-

tos del procedimiento de ejecución por causas no previstas en los artículos 695 a 697 LEC, máxime teniendo los demandantes, en todo caso, la garantía de retención a que se refiere el artículo 698.2 de la propia LEC». *Vid.,* también, p. 1550, nota 523.

[46] CEDEÑO HERNÁN, M., Las especialidades de la ejecución sobre bienes inmuebles hipotecados, en *El proceso de ejecución forzosa. Problemas actuales y soluciones jurisprudenciales* (coordinador Álvaro Gutiérrez Berrinches), Madrid, La Ley, 2015, pp. 913-914

[47] GIMÉNEZ GÓMIZ, G., El procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Especial referencia a las causas de suspensión 1.ª y 2.ª recogidas en el artículo 132 de la mencionada Ley, en *Estudios sobre derecho procesal*, vol. 3 (dirigido por Ignacio Díez-Picazo Giménez y Julián Martínez-Simancas y Sánchez), Madrid, 1996, p. 2964.

[48] También MORELL Y TERRY, J., *Comentarios a la Legislación hipotecaria,* 4, cit., p. 147; GARCÍA GARCÍA, J. M., *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, Madrid, 1994, pese a que en la p. 343 aluda solamente a la retención, en p. 282 admite asimismo la anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca. En este último lugar indica que cabrían tres posibilidades sobre estas anotaciones preventivas: solicitar al Juez de la ejecución que no ordene cancelarla como consecuencia de la adjudicación; otra que el Registrador no la cancele; y, finalmente, pedir en el procedimiento declarativo que se amplíe la demanda al adjudicatario, y que se anote la demanda contra él, para prevenir la posible cancelación de la primera anotación.

[49] BOCG, (Congreso 13 de noviembre de 1998), núm. 147-1, p. 163. Así fue aprobado el Proyecto por el Congreso de los Diputados el 5 de octubre de 1999.

[50] El resultado a que conducía la norma, una vez iniciada la ejecución, se formulaba así por una autorizada opinión, a la que, por otra parte, este pretendido efecto merecía juicio favorable: «las causas que pudiera alegar el deudor o un tercero, al margen de las que pueda (sic) paralizar la ejecución, deberán sustanciarse en juicio ordinario, si bien recayendo las consecuencias en el valor obtenido en la realización del bien (subrogación real), no sobre el propio bien»: GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., La ejecución hipotecaria en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en VVAA, *Cuestiones procesales y registrales en la ejecución hipotecaria,* Estudios de Derecho judicial, 23, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 263; también compartía este significado del Proyecto, pero en sentido crítico, DÍAZ FRAILE, J. M., Nota sobre los posibles inconvenientes de cerrar el Registro de la Propiedad a las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de las hipotecas en caso de que se soliciten una vez iniciado el procedimiento judicial sumario, *Boletín Colegio de Registradores*, núm. 48, mayo de 1999, p. 1191.

[51] MANZANO SOLANO, A., Cancelación de asientos como consecuencia de la ejecución hipotecaria, en VVAA, *Cuestiones procesales y registrales en la ejecución hipotecaria,* Estudios de Derecho judicial, 23, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 416 y sigs., siguiendo a DÍAZ FRAILE, J. M., *Ejecución judicial sobre bienes hipotecado*s, Madrid, 2000, pp. 718 y sigs., y en *op. ult. cit.,* para quien esta redacción incurría en riesgo de inconstitucionalidad por dejar al interesado en situación de indefensión; también se mostró de esta última opinión GARCÍA GARCÍA, J. M., El Registro de la Propiedad y los procedimientos de realización del valor. Dos enmiendas imprescindibles al Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, *Lunes 4.30,* núm. 257, 1999, pp. 19-21.

[52] Enmienda NÚM. 211 del Grupo Parlamentario Socialista BOCG, Senado, Serie II 27 de octubre de 1999 núm. 154. Hemos corregido en el texto algunas erratas.

[53] Enmienda núm. 304 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado (GPP) BOCG, Senado, Serie II 27 de octubre de 1999 núm. 154. Es difícil conseguir decir, en un texto tan breve, como sin embargo se hace, tantas inexactitudes sobre nuestro sistema.

[54] DÍAZ FRAILE, J. M., *Ejecución judicial sobre bienes hipotecados,* cit., pp. 722-723.

[55] Por ejemplo: la subasta no es un acto del tráfico; ni en realidad, aunque admitiéramos eso, el impedir al *verus dominus* defenderse constituye una exigencia de la protección del tráfico, ya que, por definición, cuando se entabla el procedimiento declarativo todavía no existe acto alguno de tráfico, ni de adquisición.

[56] DÍAZ FRAILE, J. M., *Ejecución judicial sobre bienes hipotecados,* cit., pp. 723 y sigs. (la cita corresponde a la p. 723). Ello se produciría, en la opinión de este autor, si aparece un tercer adquirente de buena fe a título oneroso que inscriba su derecho, que podría ser o un subadquirente del rematante o adjudicatario, o el propio rematante que no sea el acreedor hipotecario. Ahora bien, en nuestra opinión, quien adquiere constando en el Registro la anotación preventiva no puede llamarse ni ser un adquirente de buena fe.

[57] CORDÓN MORENO, F., en CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J. J. y TAPIA FERNÁNDEZ, I., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. II, 2.ª edición, Pamplona, 2011, p. 635. Parecidamente, DE LA PUENTE ALFARO, F., La ejecución de la hipoteca por el procedimiento sumario y la demanda de nulidad de título o de nulidad de actuaciones, *RCDI*, 1997, núm. 643, p. 2141: «decir que el principio de legitimación que protege la hipoteca inscrita es suficiente para justificar que, en caso de litigio sobre su validez, el actor no podrá obtener satisfacción más que por una vía indemnizatoria es desconocer que la legitimación solo protege *iuris tantum* y que el Registro de la Propiedad aspira a reflejar fielmente la realidad extratabular».

[58] CORDÓN MORENO, *loc. cit.;* DE LA PUENTE ALFARO, F., L*a ejecución de la hipoteca por el procedimiento sumario y la demanda de nulidad de título o de nulidad de actuaciones,* cit., p. 2153: «decir al actor que solo podrá resarcirse de su interés con el resultado de la subasta es concederle exactamente lo contrario a lo que pretende».

[59] CORDÓN MORENO, *loc. cit.;* HERBOSA MARTÍNEZ, I., *El despacho de la ejecución hipotecaria. Causas de oposición y suspensión,* Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, 2006, pp. 538-539.

[60] CORDÓN MORENO, *op. cit.,* p. 632; parecidamente CRESPO ALLUÉ, F., en LORCA NAVARRETE, A. M.*, Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,* III, Valladolid, 2000, pp. 3569-3570.

[61] Porque, naturalmente, es posible la protección del acreedor hipotecario sobre la base del artículo 34 LH pero ello solamente si se dan los requisitos de este último, como afirma, con referencia a la STS de 25 de octubre de 1991 *(RJ* 1991, 7239), BLASCO GASCÓ, F. P., *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 61; CORDERO LOBATO, E., Comentario al artículo 1857, en Bercovitz (coord.), *Comentarios al Código Civil,* Tomo IX, Valencia, 2013; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario,* II, cit., p. 126. Solamente se refiere a que habrá que apreciar si existe o no la buena fe CRESPO ALLUÉ, F., en LORCA NAVARRETE, A. M.*, Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,* III, cit., pp. 3569-3560; pero, a nuestro juicio también habrá que apreciar la onerosidad, o que se constituya la hipoteca de quien en el Registro resulta legitimado para ello (lo que excluye, al menos en general, los casos de doble inmatriculación).

[62] ROCA SASTRE, R. M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., y BERNÁ I XIRGO, J., *Derecho Hipotecario,* cit., pp. 415-416; MARTÍN DIZ, F., *La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles,* cit., pp. 606-607: doble inmatriculación o inscripción de la hipoteca pese a la previa inscripción de la transmisión del dominio.

[63] Ya en los debates de un Proyecto de reforma de la Ley Hipotecaria, inspirado en la Ley Hipotecaria de Ultramar, que se produjo en la Legislatura 1904-1905 afirmó RODRÍGUEZ MUÑOZ: «¿Cómo ha podido inscribirse el crédito hipotecario cuando el tercerista tiene su dominio inscrito con anterioridad? Este caso es absolutamente imposible»: *Leyes Hipotecarias y Registrales de España,* II-I, Madrid, 1989, p. 176. GARCÍA GARCÍA, J. M., *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca,* cit., p. 343, quien llega a afirmar que es una causa de suspensión a la que no se refiere ninguna sentencia; también MONTERO AROCA, J., *Procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria (doctrina, jurisprudencia y formularios),* cit., p. 1087 afirma que en la jurisprudencia que ha examinado no se acordó la suspensión ni una sola vez, o muy rara vez; MONTERO AROCA, J., *Las ejecuciones hipotecarias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 1056. Afirman, asimismo, la irrelevancia práctica de la tercería:

ADÀN DOMÉNECH, F., *La ejecución hipotecaria,* cit., p. 429; BANACLOCHE PALAO, J., *Contradicción y oposición en el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria,* cit., pp. 842-843; CRESPO ALLUÉ, F., en LORCA NAVARRETE, A. M., *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,* III, cit., p. 3569; GIMÉNEZ GÓMIZ, G., *El procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Especial referencia a las causas de suspensión 1.ª y 2.ª recogidas en el artículo 132 de la mencionada Ley,* cit., pp. 2963; GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *La normalización del Derecho Hipotecario Procesal. La ejecución ordinaria e hipotecaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento,* cit., pp. 1889-1890 y 1897; HERBOSA MARTÍNEZ, I., *El despacho de la ejecución hipotecaria,* cit., p. 462; JURADO JURADO, J. J., *Procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados*, Barcelona, Bosch, 2001, p. 411; MONSERRAT VALERO, A., *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria (art. 131 LH)*, Pamplona, Aranzadi, 1998, p. 296; MONSERRAT VALERO, A., *Las novedades de la ejecución hipotecaria en la LEC 2000*, Civitas, Madrid, 2002, p. 163; RAMOS CHAPARRO, E., *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca,* cit., p. 663; RAMÓN CHORNET, J. C., *La oposición a la ejecución hipotecaria en la nueva LEC 2000,* cit., p. 442; RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La ejecución de la hipoteca inmobiliaria,* cit., pp. 534-535. Hay quien afirma, sin ambages, que el régimen viene a significar que «no caben tercerías de ningún tipo»: GARCÍA RUBIO, B., *El procedimiento ejecutivo en reclamación de un crédito hipotecario, en Estudios sobre derecho procesal, vol. 3,* cit., p. 2792.

[64] La idea procede de MORELL Y TERRY, J., *Comentarios a la Legislación hipotecaria,* 2.ª edición, tomo 4, Madrid, Reus, 1930, p. 147; para una enumeración de los supuestos que pudieran literalmente incluirse en el derogado artículo 132.2 LH: *vid.,* GARCÍA GARCÍA, J. M., *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca,* cit., pp. 340 y sigs.: doble inmatriculación, inscripción de un título sin el requisito de la previa inscripción del artículo 20 LH, despacho de los títulos invirtiendo el orden resultante de los asientos de presentación, titular inscrito en el historial de la finca que alegase su propiedad frente al adquirente ulterior y el acreedor hipotecario por existir causas determinantes de la nulidad o resolución de esas adquisiciones y no reunir los requisitos del artículo 34 LH, etc. *Vid.,* también, DÍAZ FRAILE, J. M., *Ejecución judicial sobre bienes hipotecados,* cit., pp. 760-762; RICHARD GONZÁLEZ, M., en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A. y otros, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,* III, Barcelona, 2000, p. 3141.

[65] Para ARRIETA SEVILLA, L. J., *La doble inmatriculación registral,* cit., p. 75: «si el título presentado por el tercerista, esto es, si la doble inmatriculación fuera posterior a la inscripción de la hipoteca no se admitirá la tercería de dominio porque puede haber un tercero hipotecario que debe gozar de un trato preferencial. No obstante, esta posición privilegiada del acreedor hipotecario puede verse trastocada en un proceso declarativo en el que el tercerista justifique que el presunto tercero hipotecario no es tal porque, por ejemplo, no ha tenido buena fe». De acuerdo con que este es el designio legal, pero a esta opinión pudiera hacerse una precisión: la doble inmatriculación puede darse tanto si esta es previa como si se produce tras la inscripción de la hipoteca. Es decir, la norma no permite ser interpretada como si solamente se refiriera a este segundo caso, como literalmente pudiera deducirse de las anteriores palabras que hemos citado.

[66] En ese sentido, RAMÓN CHORNET, J. C., *La oposición a la ejecución hipotecaria en la nueva LEC 2000,* cit., p. 442, nota 36. Y, también, GARCÍA GARCÍA, J. M., *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca,* cit., p. 341; así como ARRIETA SEVILLA, L. J., *La doble inmatriculación registral,* cit., p. 74: «será necesario examinar los títulos civiles sobre los que se fundan los derechos del tercerista y el ejecutado». En la jurisprudencia se puede ver la reciente STS de 1 de marzo de 2016 *(RJ* 2016, 927).

[67] Así lo sostiene DE PABLO CONTRERAS, P., *Curso de Derecho Civil (III). Derechos reales,* Madrid, 2014, p. 378.

[68] MONTERO AROCA, J., *Tratado de ejecuciones hipotecarias,* cit., p. 1084; MONTERO AROCA, J., *Las ejecuciones hipotecarias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,* cit., p. 1056.

[69] Cfr. para todo ello, CORDÓN MORENO, *op. cit.,* p. 626. Sin acentos críticos: MARTÍN DIZ, F., *La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles,* cit., p. 597. Para MONSERRAT VALERO, A., *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria (art. 131 LH),* cit., p. 293: «El legislador se ha decidido por un procedimiento rápido con ausencia de una fase de oposición pensando en que, de todas formas, hay suficientes garantías de la certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito». Preguntaríamos: ¿es cierto que son suficientes las garantías existentes en el ordenamiento para evitar la ejecución de una hipoteca mal constituida por falta de titularidad del hipotecante sea cual sea la interpretación que hagamos del mismo?

[70] En este sentido, DÍEZ-PICAZO, *op. cit.,* p. 486.

[71] DÍEZ-PICAZO, *op. cit.,* p. 486.

[72] Tampoco aclaran este extremo las siguientes palabras: «Dado el carácter fraudulento con el que en la práctica suelen interponerse estas tercerías, exige la Ley que el tercerista acompañe junto con la demanda, título de propiedad anterior a la fecha de constitución de la hipoteca»: ASENCIO MELLADO, J. M., *Derecho Procesal Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 396.

[73] JURADO JURADO, J. J., *Procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados,* cit., p. 412; RAMOS CHAPARRO, E., *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca,* cit., p. 663. Es lo que la jurisprudencia suele decir aunque no se detenga en aclarar si hay o no una inscripción del derecho del tercerista que sea posterior a la hipoteca: STS de 26 de abril de 1997 *(RJ* 1997, 3862). En la jurisprudencia menor, impera la interpretación literal; entre otras muchas: AAP Cantabria de 8 de mayo de 2012 *(AC* 2013, 267), SAP Toledo de 17 de mayo de 2012 *(JUR* 2012, 25018), AAAP Madrid de 7 de mayo de 2013 *(AC* 2014, 2178) y 22 de junio de 2015 *(AC* 2015, 958) y SAP Asturias de 22 de junio de 2015 *(JUR* 2015, 249606). No en todos los casos era clara la fecha del título del tercerista, ni en todos había inscripción registral del mismo. En cualquier caso, la idea más difundida sobre la tercería es esta: «no se puede entrar a resolver sobre si los actores eran o no dueños conforme a la normativa civil y sustantiva al tiempo de constituirse la hipoteca, o si esta era nula por haber sido constituida por quien carecía ya de poder de disposición sobre la cosa, sino que debe limitarse, por imperativo legal, a constatar si los terceristas están protegidos por una inscripción de dominio»: literalmente es lo que dijo la SAP Málaga de 5 de diciembre de 2003 *(JUR* 2004, 66971).

[74] Así, DE PABLO CONTRERAS, P., *Curso de Derecho Civil (III). Derechos reales,* cit., p. 379: «la tercería de dominio atiende al problema que plantea la inexactitud de la inscripción de la hipoteca atendiendo a su fecha y a la del título de propiedad del tercerista»; DE PABLO CONTRERAS, *Hipoteca, su ejecución y dación en pago,* cit., pp. 79 y sigs.; CORDERO LOBATO, E., en *Tratado de los derechos de garantía,* I, cit., p. 1140, haciéndose eco de la doctrina de la STS de 9 de junio de 2006. Critica esta solución GARCÍA GARCÍA, J. M., *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil,* I, cit., p. 1548, nota 520: quien alega dos argumentos contra la solución de esta STS: que la redacción del actual artículo 696 LEC es más clara que la de su precedente artículo 132 LH, e impone que el título del tercerista esté inscrito antes que la hipoteca, y que no sería un criterio absurdo «porque a la hipoteca, a diferencia del embargo, no le pueden afectar títulos anteriores, sino solo los inscritos con anterioridad». Afirmación, esta última, que nos parece del todo gratuita e infundada legalmente: ¿dónde quedarían, para ella, el artículo 1857.2 del Código Civil que establece que el hipotecante ha de ser dueño y el artículo 34 LH, que establece una serie de requisitos para que, efectivamente, los títulos (en sentido material) anteriores no afecten al adquirente? Pero es que tampoco la primera objeción es concluyente ni concuerda con la letra de la norma, puesto que a tenor de la misma cabe que lo inscrito antes que la hipoteca sea la titularidad del causante del tercerista.

[75] STS de 9 de junio de 2006 *(RJ* 2006, 2381): sería una interpretación absurda entender «que el título debe estar inscrito antes de la constitución (por la inscripción) de la hipoteca; si lo estuviere, no sería posible inscribir tal hipoteca. Los autores que han estudiado el tema han advertido la dificultad de aplicar tal norma; no es dificultad, es absurda si se interpreta

como si exigiera que el título de propiedad del tercerista inscrito con fecha anterior a la inscripción del crédito hipotecario; el título debe ser de fecha anterior, sin duda y debe estar inscrito, para obtener protección registral, pero no inscrito antes de la hipoteca». En la STS de 28 de febrero de 2006 *(RJ* 2006, 696), en un caso que añade al problema la complejidad propia de los casos de la permuta de suelo por edificación futura, se aceptó discutir en el marco de una tercería un caso en el que «los hoy recurrentes no instaron en su momento inscripción alguna de su derecho resultante de la escritura de permuta»; aunque la prueba «permite cuando menos cuestionar que en el caso examinado el otorgamiento de dicha escritura equivaliera a la entrega del local, pues de la propia escritura resultaba otra cosa (…), o que los hoy recurrentes adquirieran la propiedad del local en cuestión por su posesión material, como se aduce en el motivo segundo, pues tal circunstancia no se declara probada por la sentencia recurrida».

[76] Por ejemplo, cuando se cuente solamente con titulación privada, que no puede hacerse valer en la tercería: DÍAZ FRAILE, J. M., *Ejecución judicial sobre bienes hipotecados,* cit., p. 762. *Vid.,* sobre este supuesto de un título privado, STS de 10 de octubre de 1996 *(RJ* 1996, 7552): «no es posible, en línea de principio, ejercitar, como ocurre en autos, una tercería de dominio para impugnar la existencia registral de una hipoteca sobre el inmueble cuyo dominio se postula —en todo caso, sería factible, según [el] repetido artículo 132.2 [LH], con base a un título inscrito». También STS de 26 de septiembre de 1991 *(RJ* 1991, 6069) y AAAP Valencia de 27 de enero de 2015 *(JUR* 2015, 131182) y Granada de 14 de diciembre de 2015 *(JUR* 2016, 114673). En estos casos, tener que esperar a contar con el título público arruinará en la mayoría de los casos las posibilidades de defensa del tercerista.

[77] Se pudiera alegar que los requisitos de la norma no permiten una interpretación flexible como en general, no en referencia a la concreta doctrina de esta Sentencia, lo entienden ADÀN DOMÉNECH F., *La ejecución hipotecaria,* cit., p. 427; CARRASCO GARCÍA, F. A., en F. Marín Castán (dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil,* cit., p. 3080, que se basa para ello en el criterio del artículo 698 LEC que remite las reclamaciones diferentes a las contempladas en el artículo 696 LEC al declarativo ordinario.

[78] STS de 28 de septiembre de 2006 *(RJ* 2006, 8717), en un caso en que la cesión de la finca a un Ayuntamiento en escritura pública fue anterior a la hipoteca, pero fue inscrita después de esta, se advirtió «la inidoneidad de la vía de la tercería de dominio para impugnar la constitución de hipoteca sobre la finca del pleito». Nos quedamos en la duda de qué pudiera haber sucedido en el caso al que se refiere la STC de 9 de mayo de 1995 *(RTC* 1995, 69) si el usufructuario hubiera ejercitado la tercería de dominio.

[79] MONSERRAT VALERO, A., *Las novedades de la ejecución hipotecaria en la LEC 2000,* cit., pp. 162-163.

[80] Valga la remisión sobre este problema a MURGA FERNÁNDEZ, J. P., *Subasta judicial y transmisión de la propiedad,* cit., *passim*. También nos hemos referido a esta cuestión en *La tercería de dominio y la transmisión de inmuebles. La defensa de los derechos reales en la ejecución singular,* cit., pp. 209 y sigs.

[81] RAMÓN CHORNET, J. C., *La oposición a la ejecución hipotecaria en la nueva LEC 2000,* cit., pp. 483 y sigs.

[82] RAMÓN CHORNET, J. C., *La oposición a la ejecución hipotecaria en la nueva LEC 2000,* cit., pp. 488 y 497; parecidamente GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., La ejecución hipotecaria en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, p. 263: «la anotación de demanda, en el curso de la ejecución, solo se puede tomar si se basa en una de las excepcionales causas que paralizan la ejecución o si —una vez expedida certificación de cargas— se dirige la demanda contra el propio rematante o adjudicatario» Y se añade en nota 19: «Otra solución sería admitir la anotación de demanda pero proceder a su cancelación en caso de ejecución»; es decir, la solución que literalmente se adoptó por el artículo 131 LH, tras la tentativa del proyecto de LEC de impedir la práctica de la anotación preventiva.

[83] RAMÓN CHORNET, J. C., *La oposición a la ejecución hipotecaria en la nueva LEC 2000,* cit., p. 483-484.

[84] RAMÓN CHORNET, J. C., *La oposición a la ejecución hipotecaria en la nueva LEC 2000,* cit., p. 485.

[85] Algo de equívoco nos parece apreciar en la noción de tercero utilizada por GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., La ejecución hipotecaria en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, p. 263 que se refiere al «tercero que ha confiado en el Registro y que va a participar en la subasta, con los datos que le ofrece aquel. Sería contrario a la eficacia de la publicidad registral y a la seguridad jurídica (art. 9 Constitución) que una vez expedida certificación de cargas en el proceso de ejecución hipotecaria, pudiera anotarse preventivamente una demanda de la que no ha tenido conocimiento»; en el mismo sentido, GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *La normalización del Derecho Hipotecario Procesal. La ejecución ordinaria e hipotecaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento,* cit., p. 1911. Similar desenfoque apreciamos en las palabras de RAMÓN CHORNET, J. C., *La oposición a la ejecución hipotecaria en la nueva LEC 2000,* cit., pp. 488-489: «los adjudicatarios no tienen porqué conocer lo que se presenta en el Registro después de expedida la certificación de cargas: el rematante solo debe contar con las cargas que constan en la certificación registral». Debe quedar claro que quien va a participar en una subasta no es un tercero a los efectos registrales, simplemente porque no ha adquirido, todavía, nada; por tanto no procedería pensar que ese sujeto merece la específica protección registral. Estaríamos ante el mismo caso de un futuro adquirente por contrato que contempla una certificación registral del bien y, entre la fecha de esta y la de la inscripción de su adquisición, accede al Registro un asiento que la contradice: podrá este tercero defender su posición de diversos modos, pero no podrá pretender hacerlo con base en el Registro. Y, por otra parte, la existencia de anotación preventiva no puede olvidarse, puesto que impide la aparición de terceros. Puede advertirse que esta tesis doctrinal sigue la línea (equivocada a nuestro juicio) de la Enmienda núm. 304 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado (GPP) BOCG, Senado, serie II 27 de octubre de 1999 núm. 154, a la que antes nos referíamos.

[86] O, más bien, habría que decir que cierta ventaja sí tiene el adjudicatario, pues también puede adquirir válidamente apoyándose en el hecho de que el acreedor hipotecario mereciera la protección del artículo 34 LH., aunque a él mismo le faltara, por ejemplo, la buena fe o la propia inscripción.

[87] Es mucho más razonable decir que «Nada obsta, sin embargo, a que el actor utilice otras posibilidades para la defensa de sus intereses no contempladas en dicho precepto, cual es la anotación preventiva de demanda que, ciertamente, no interrumpe el curso del procedimiento en marcha»: así DE LA PUENTE ALFARO, F., *La ejecución de la hipoteca por el procedimiento sumario y la demanda de nulidad de título o de nulidad de actuaciones,* cit., p. 2159.

[88] Existe un debate acerca de la subsistencia o no de la garantía del préstamo, hipotecaria o personal, una vez que ha sido declarado usurario, puesto que la restitución del principal sigue siendo necesaria; al problema nos hemos referido en ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., El contenido financiero del préstamo y la protección del deudor hipotecario: algunas cuestiones actuales, *RCDI*, Año núm. 91, núm. 748, 2015, pp. 631-632. A este respecto, las SSTS de 22 de febrero de 2013 *(RJ* 2013, 1609), 18 de noviembre de 1993 *(RJ* 1993, 9149), 20 de junio de 2001 *(RJ* 2001, 4346) y 15 de julio de 2008 *(RJ* 2008, 3365) han considerado que el carácter accesorio de todos los derechos de garantía sería determinante de la nulidad de la hipoteca o de la fianza. Pero existe jurisprudencia en contra: STS de 14 de junio de 1984 *(RJ* 1984, 3239), que mantuvo la validez de la hipoteca, y la STS de 8 de noviembre de 1991 *(RJ* 1991, 8148), que sostuvo la validez de la fianza. En la doctrina apoyan esta última tesis no pocos autores, todos ellos muy autorizados y con buenos argumentos: ALBALADEJO GARCÍA, M., La nulidad de los préstamos usurarios, *ADC,* 1995, p. 44; CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos,* Pamplona, Aranzadi, 2010, p. 701; DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díez Alabart), Tomo XVII, vol. 2.º, arts. 1281 a 1314, 1995, Madrid, Edersa, p. 403, nota 7 (con dudas); DELGADO ECHEVERRÍA, J., y PARRA LUCÁN, M. A., *Las nulidades de los contratos*. Madrid, Dykinson, 2005, pp. 312 y sigs.; VILLAGRASA ALCAIDE, C., *La*

deuda de intereses, Barcelona, EUB, 2002, p. 138, nota 397. A favor de la doctrina jurisprudencial mayoritaria CORDERO LOBATO, E., *Comentario al artículo 1857, cit.,* p. 12747. La tesis de la decadencia de las garantías tiene algo de artificiosa, puesto que se basa en una sutilísima distinción sobre el origen, contractual o legal, de la obligación de restituir el capital entregado, según el préstamo que ha casualizado esa entrega sea válido o nulo. Esta solución, por otro lado, parece estar muy alejada de la voluntad de las partes, de los resultados a que conduciría la integración del contrato y de la realidad de las cosas, porque el concreto objeto de la garantía es la restitución de una misma suma de dinero (en cuanto al principal), sea o no eficaz el contrato que motivó su entrega. Por otra parte, esta doctrina viene a imponer como resultado de la declaración de nulidad una consecuencia que no está ni mucho menos claro que el legislador pretenda al hablar de accesoriedad, pues no cabe duda de que tras la declaración de nulidad sigue existiendo una obligación de restituir exactamente coincidente (en cuanto al principal) a la derivada del contrato. En cualquier caso, si no se discute (como creemos que nadie hace) que sea posible el pacto de extensión de la garantía a la obligación de restitución de las prestaciones fruto de un contrato nulo, esta nueva y asentada doctrina jurisprudencial estará simplemente propiciando la aparición de una cláusula de estilo en la constitución de la garantía, hipotecaria o de otra clase. Viene a reconocer, quizá involuntariamente, este exceso de conceptualismo la propia STS de 22 de febrero de 2013 *(RJ* 2013, 1609) «la aplicación de la nulidad de la misma [hipoteca] no la contempla ni la niega norma alguna, sino que se deduce del propio concepto de hipoteca, uno de sus caracteres es el de accesoriedad». Si esta ausencia de condicionante legal fuera cierto, más valdría detenerse en la voluntad de las partes: desde este punto de vista, resulta poco comprensible que quien se desprende de una suma bajo una fuerte garantía de restitución, como es la hipoteca, pueda quedar despojado de la garantía por un presunto problema conceptual.

[89] En el mismo sentido, AAP Zamora 22 de junio de 1995 *(AC* 1995, 1178). *Vid.,* también STS de 21 de febrero de 2012 *(RJ* 2012, 4985), sobre el significado de dicha anotación en cuanto a la información que presta a los terceros. Y también, en el mismo sentido, y relación con la anotación preventiva de una querella en que se discutía sobre la validez de la hipoteca, la RDGRN de 11 de mayo de 2001 *(RJ* 2001, 4791). Pero, en ocasiones bajo la regulación procesal anterior sí se cancelaban esas anotaciones, dando lugar al problema de que no podía lograse una nueva anotación preventiva ya que el adjudicatario no había sido demandado en el procedimiento de nulidad: RDGRN de 19 de junio de 2002 *(RJ* 2002, 8912).

[90] PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario,* II, cit., pp. 179-180.

[91] PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario,* II, cit., p. 180.

[92] PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario,* II, cit., p. 181.

[93] Y antes del vigente artículo 131 LH, ello derivaba de la interpretación unánime: vid. RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La ejecución de la hipoteca inmobiliaria,* cit., p. 560, o de la práctica procedimental: MONTERO AROCA, J., *Procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria (doctrina, jurisprudencia y formularios),* cit., pp. 1176 y sigs. Este último autor la considera una práctica «perfectamente admisible», ya que favorece «la efectividad de la sentencia que se dicte en el proceso declarativo» (así en p. 1182); aunque antes había afirmado que quizá está forma de actuar sea contraria «a lo dispuesto por el legislador», que dispondría «que la finca subastada y adjudicada habría salido de modo irreversible de la propiedad del ejecutado»; de modo que la única consecuencia del proceso declarativo sería que «el dinero obtenido en la subasta se entregaría, no al ejecutante, sino al ejecutado» (pp. 1176-1177). ¿Y en el caso de que el declarativo esté instado por el tercero al que en estas páginas nos estamos refiriendo?

[94] El tema entendemos que no puede zanjarse diciendo «que puede discutirse si los procedimientos hipotecarios cumplen o no las exigencias constitucionales que proscriben la indefensión, pero lo que no puede pretenderse es que, si el legislador ha fijado las causas taxativas

que pueden provocar la suspensión o el entorpecimiento de la ejecución, *esta pueda ser, aunque no paralizada, gravemente afectada por causas distintas*»: así RAMÓN CHORNET, J. C., *La oposición a la ejecución hipotecaria en la nueva LEC 2000,* cit., p. 483 (cursivas del autor). Claro está que este autor opta por la coherencia del sistema legal, a costa de no entrar a discutir si ello conlleva la indefensión del verdadero dueño, lo cual no nos parece admisible: si la configuración legal del procedimiento de ejecución no es coherente habrá que denunciarlo, pero no intentar camuflar ese problema a costa de impedir la defensa de los titulares de derechos subjetivos reconocidos en el ordenamiento, lo que termina por introducir una incoherencia todavía mayor, que tiene alcance constitucional y que altera el sistema transmisivo de los derechos reales, y el propio papel en el mismo del Registro de la Propiedad. Para nosotros, la solución no puede ser otra que la defendida por DE LA PUENTE ALFARO, F., *La ejecución de la hipoteca por el procedimiento sumario y la demanda de nulidad de título o de nulidad de actuaciones,* cit., pp. 2157-2158: «Si seguimos la práctica habitual en virtud de la cual se ordena y se practica la cancelación de todo asiento posterior a la hipoteca, habremos frustrado la pretensión del actor de la demanda y le obligaremos a ampliarla en la persona del adjudicatario y a volver a anotarla. Equivale a decir que la eficacia de la anotación preventiva de asegurar las resultas del procedimiento no puede llevarse a cabo, que no tendrá eficacia en cuanto a la vinculación de terceros al resultado del proceso. La anotación preventiva de nulidad solo desplegaría sus efectos para el supuesto de que la hipoteca no se lleve a ejecución, único supuesto en que el actor tendría una protección plena del Registro de la Propiedad. Puesta en ejecución la hipoteca el actor solo tendrá el remedio previsto en el artículo 132 de la Ley Hipotecaria de solicitar la retención del precio de remate. Hemos, por tanto, de buscar una solución que respete la legítima pretensión del actor de nulidad y que al mismo tiempo no violente la regulación especialísima del procedimiento sumario de ejecución de hipoteca. La solución no puede ser otra que la subsistencia de la anotación preventiva de demanda de nulidad que, a salvo de la purga, desplegará todos sus efectos en perjuicio del acreedor hipotecario y de quienes traigan causa de él». También PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario,* II, cit., pp. 182 y sigs.

[95] PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario,* II, cit., p. 182; RAMOS CHAPARRO, E., *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca,* cit., p. 667; TORIBIO FUENTES, F., Comentario al artículo 131 LH, en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.), *Comentarios a la Ley Hipotecaria,* cit., p. 1211.

[96] MONTERO AROCA, J., *Tratado de ejecuciones hipotecarias,* cit., pp. 1196-1197.

[97] MONSERRAT VALERO, A., *Las novedades de la ejecución hipotecaria en la LEC 2000,* cit., p. 143; MONTERO AROCA, J., *Tratado de ejecuciones hipotecarias,* cit., p. 1197; TORIBIO FUENTES, F., Comentario al artículo 131 LH, en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.), *Comentarios a la Ley Hipotecaria,* cit., p. 1211; GARCÍA GARCÍA, J. M., *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil,* I, cit., p. 410, nota 313: «si se practica con posterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas, no pueda subsistir después de la ejecución»; GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *La normalización del Derecho Hipotecario Procesal. La ejecución ordinaria e hipotecaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento,* cit., pp. 1909-1911; RIVAS TORRALBA, R. A., *Aspectos registrales del proceso de ejecución,* cit., p. 596.

[98] HERBOSA MARTÍNEZ, I., *El despacho de la ejecución hipotecaria,* cit., pp. 541 a 543; JURADO JURADO, J.J., *Procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados,* cit., p. 425; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., en Toribio Fuentes, F. (dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valladolid, Lex Nova, 2014, 2.ª edición, p. 1374; RAMOS CHAPARRO, E., *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca,* cit., pp. 666-667, quien afirma que el adjudicatario no es tercero del artículo 34 LH sino parte del acto adquisitivo viciado. Quizá se pudiera matizar esta última opinión en el siguiente sentido, que no varía su resultado final: efectivamente el adjudicatario no es tercero protegido; que si bien el acreedor hipotecario sí es parte del acto impugnado (la hipoteca), el adjudicatario extraño a esta última no es que sea parte del mismo, sino que carece de buena

fe en su adquisición (adquirió constándole un litigio sobre la validez de la hipoteca), y es por eso por lo que no se le protege, más que por ser parte. Vid. RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La ejecución de la hipoteca inmobiliaria,* cit., p. 562.

[99] PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario,* II, cit., pp. 182-183; RAMOS CHAPARRO, E., *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca,* cit., p. 666. Sobre la referida doctrina constitucional, vid. LARRONDO LIZARRAGA, J. M., Doctrina del Tribunal Constitucional sobre el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Exposición sistemática, en VV.AA., *Cuestiones procesales y registrales en la ejecución hipotecaria,* Estudios de Derecho judicial, 23, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 279 y 303-304; RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La ejecución de la hipoteca inmobiliaria,* cit., p. 563: «¿qué sentido tiene permitir la posibilidad de que se acuerde una anotación preventiva de demanda si a continuación se anula su eficacia disponiéndose su cancelación?».

[100] Aplicó el mismo criterio, y emitió un parecido juicio sobre la nueva LEC, la RDGRN de 18 de marzo de 2002 *(RJ* 2002, 6186). En la RDGRN de 27 de marzo de 2002 *(RJ* 2002, 6161), se sostuvo la no cancelación bajo el sistema anterior a la actual LEC «sin que se prejuzgue la solución que habrá de darse cuando resulte aplicable la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil». Todavía en el caso de la RDGRN de 13 de enero de 2005 *(RJ* 2005, 1106) la anotación preventiva de demanda no se canceló, si bien la Sentencia no pudo oponerse al cesionario del remate por no haber sido demandado y por haber caducado entre tanto la anotación preventiva de la demanda.

[101] Así RAMÓN CHORNET, J. C., *La oposición a la ejecución hipotecaria en la nueva LEC 2000,* cit., p. 486.

[102] MONTERO AROCA, J., *Tratado de ejecuciones hipotecarias,* cit., p. 1199.

[103] HERBOSA MARTÍNEZ, I., *El despacho de la ejecución hipotecaria,* cit., pp. 545-546.

[104] MONTERO AROCA, J., *Tratado de ejecuciones hipotecarias,* cit., p. 1198.

[105] Así también, DE PABLO CONTRERAS, *Hipoteca, su ejecución y dación en pago,* cit., pp. 84 y sigs.

[106] PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario,* II, cit., pp. 182 y sigs.; DE PABLO CONTRERAS, P., *Curso de Derecho Civil (III). Derechos reales,* cit., p. 377; JURADO JURADO, J. J., *Procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados,* cit., p. 421; ROCA SASTRE, R. M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., y BERNÁ I XIRGO, J., *Derecho Hipotecario,* Tomo VII, 9.ª edición, Barcelona, 2009, p. 382: *sensu contrario* parece que claramente se deduce su opinión de que una acción de nulidad de la hipoteca, objeto de anotación preventiva conlleva su eficacia frente al adjudicatario. Era esta también la solución propugnada antes de la LEC: MONSERRAT VALERO, A., *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria (art. 131 LH),* cit., p. 271. Estamos en desacuerdo, en cambio, con que el artículo 131 LH que subordina el proceso de ejecución y la adquisición en el mismo al resultado del proceso declarativo suponga introducir ese criterio «de forma indirecta y solapada, con nocturnidad, en un artículo aparentemente inocuo destinado a regular algo tan alejado como es una actuación registral, hasta el punto de que cabe dudar de que el legislador haya sido consciente de lo que, furtivamente, estaba estableciendo y haya tenido voluntad de hacerlo»: RAMÓN CHORNET, J. C., *La oposición a la ejecución hipotecaria en la nueva LEC 2000,* cit., p. 494. Pensamos que el criterio de que un defecto de titularidad del transmitente no produce la transmisión del derecho real no depende exactamente de esta norma, aunque en ella se da por existente este criterio, y eso es lo que justifica que en ella se permita reflejar registralmente la pendencia de un proceso sobre esa cuestión, para evitar la aparición de terceros protegidos. En ese sentido la norma es irreprochable, aunque es posible que tenga este autor razón en cuanto a la escasa conciencia del legislador acerca de lo que estaba haciendo cuando lo redactó. Pero esto nos parece irrelevante a efectos interpretativos cuando el resultado final de la norma encaja bien dentro del sistema, aunque fuera por equivocación del legislador.

[107] Nos parece una contradicción afirmar simultáneamente que hay que admitir la anotación preventiva de la demanda para garantizar la tutela judicial efectiva pero que la misma se cancela si la ejecución llega a término, como hace GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *La normalización del Derecho Hipotecario Procesal. La ejecución ordinaria e hipotecaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento,* cit., p. 1911. Frente a ello, pensamos que se puede perfectamente «sostener que si la base sobre la que se asienta la fuerza ofensiva de la hipoteca es objeto de impugnación no cabe que el efecto cancelatorio se haga valer en tanto se conozca si efectivamente la hipoteca es válida o no», ya que, contra lo que parece a su autor el argumento no es endeble, sino el único adecuado para defender simultáneamente la prosecución de la ejecución y la posibilidad de ejecutar la Sentencia declarativa. Para esta cita, y el consiguiente juicio del autor: DE LA PUENTE ALFARO, F., *La ejecución de la hipoteca por el procedimiento sumario y la demanda de nulidad de título o de nulidad de actuaciones,* cit., p. 2158.

[108] TORIBIO FUENTES, F., Comentario al artículo 135 LH, en A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios a la Ley Hipotecaria,* cit., p. 1247.

[109] PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario,* II, cit., p. 183. Habla el autor también de «eventual expolio» para referirse a los efectos de esta subasta.

[110] PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario,* II, cit., p. 184.

(Trabajo recibido el 21-9-2016 y aceptado para su publicación el 14-11-2016)

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Efectos en España de los expedientes y actos de jurisdicción voluntaria acordados por autoridades extranjeras y su inscripción registral en la nueva Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria

The effects in Spain of the proceedings and the acts of voluntary jurisdiction on the part of foreign authorities and their registration in the new Act 15/2015 of 2 July on voluntary jurisdiction

por

JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE
Registrador de la Propiedad
Catedrático de Derecho Civil (acreditado)
Director del Servicio de Estudios Registrales
del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

RESUMEN: La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, dedica el Capítulo I de su Título I a las «Normas de Derecho Internacional Privado», y dentro de él se contiene en los artículos 11 y 12 la regulación de los

efectos generales y registrales en España de los expedientes y actos de jurisdicción voluntaria acordados por autoridades extranjeras. Se trata seguramente de los artículos más oscuros y de difícil inteligencia de toda la Ley 15/2015. Pocas veces las críticas de la doctrina han sido tan rápidas, contundentes y unánimes como en este caso. Del entramado normativo formado por los artículos 11 y 12 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria (en conjunción con los artículos 41 a 46 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, con los que presentan una directa conexión), se ha llegado a decir que es «terminológica y conceptualmente confuso, asistemático y falto de la mínima coherencia». Para intentar hacer una correcta exégesis de estos complejos y confusos preceptos es preciso empezar por realizar algunas aclaraciones terminológicas, conceptuales y de delimitación del sistema de fuentes normativas en esta materia. A esta tarea se consagra este artículo que estudia, además, los principios generales en materia de eficacia registral en España de las citadas resoluciones judiciales extranjeras en materia de jurisdicción voluntaria, el ámbito de aplicación objetivo y subjetivo de los citados artículos 11 y 12, el régimen de reconocimiento resultante de los mismos incluyendo el estudio de los motivos de denegación a que queda sujeto, y finalmente su régimen de calificación registral.

ABSTRACT: Act 15/2015 of 2 July on voluntary jurisdiction devotes chapter I of title I to «Rules of Private International Law». Articles 11 and 12 of the chapter regulate the general effects and registration-related effects in Spain of proceedings and acts of voluntary jurisdiction on the part of foreign authorities. These are probably the most obscure, hard-to-read articles in the entire act. Rarely has criticism of the law fallen so quickly, roundly and unanimously as in this case. It has been said that the legislative snarl formed by articles 11 and 12 of the Voluntary Jurisdiction Act (in conjunction with articles 41 to 46 of the Act on international judicial cooperation in civil matters, with which they are directly connected) is «terminologically and conceptually muddled, without method and lacking in a minimum of consistency». To try and make a correct exegesis of these complex, confusing rules, one must begin by clarifying certain terms, concepts and delimitations of the system with strong legislation in this matter. This paper undertakes this task and moreover examines general principles on the enforceability of foreign judgements in matters of voluntary jurisdiction as regards registration in Spain, the objective and subjective realms of application of articles 11 and 12, the system of acknowledgement resulting from the articles (including a study of the grounds for refusal to which the system is subject) and, lastly, the procedure for scrutiny by registration officials.

PALABRAS CLAVE: Jurisdicción voluntaria. Cooperación Jurídica Internacional. Resoluciones judiciales y extrajudiciales extranjeras. Régimen de recono-

cimiento y calificación registral. Eficacia extraterritorial de actos y resoluciones extranjeros. Registro de la Propiedad.

KEY WORDS: Voluntary jurisdiction. International judicial cooperation. Foreign judgements and extrajudicial decisions. Procedure for acknowledgement and scrutiny by registration officials. Extraterritorial enforceability of foreign acts and decisions. Property Registry.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. CONCEPTO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 15/2015, DE 2 DE JULIO: 1. Concepto de jurisdicción voluntaria. 2. Ámbito de aplicación de la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria.—III. SISTEMA DE FUENTES NORMATIVAS EN RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DE RESOLUCIONES JUDICIALES EXTRANJERAS EN MATERIA DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.—IV. PRINCIPIOS GENERALES EN MATERIA DE EFICACIA REGISTRAL EN ESPAÑA DE RESOLUCIONES JUDICIALES EXTRANJERAS.—V. REGULACIÓN ESPECÍFICA DE LA EFICACIA GENERAL Y REGISTRAL DE LAS RESOLUCIONES EXTRANJERAS EN MATERIA DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN ESPAÑA: 1. Reglas específicas sobre el reconocimiento de resoluciones extranjeras sobre jurisdicción voluntaria. 2. Ámbito de aplicación de los artículos 11 y 12 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria: *A) La delimitación objetiva por razón de la materia entre el artículo 11 y el artículo 12. B) La delimitación subjetiva por razón del órgano competente entre el artículo 11 y el artículo 12.* 3. El régimen del reconocimiento resultante de los artículos 11 y 12 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria: *A) Coincidencias y divergencias entre los artículos 11 y 12. B) Régimen común tradicional de reconocimiento de la eficacia de los actos y resoluciones de jurisdicción voluntaria. C) Régimen actual de reconocimiento de la eficacia de los actos y resoluciones de jurisdicción voluntaria.* 4. Determinación de los actos o resoluciones que exigen el reconocimiento. 5. Motivos de denegación.—VI. RECONOCIMIENTO Y CALIFICACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, dedica el Título I a «las normas comunes en materia de tramitación de los expedientes de jurisdicción voluntaria», y dentro de dicho título consagra el Capítulo I a las «Normas de Derecho Internacional Privado». Este Capítulo se integra por cuatro artículos dedicados respectivamente a fijar las reglas sobre competencia internacional (art. 9), sobre ley aplicable a los expedientes de jurisdicción voluntaria en

los casos internacionales (art. 10), a la inscripción en registros públicos (art. 11) y a los efectos en España de los expedientes y actos de jurisdicción voluntaria acordados por autoridades extranjeras (art. 12), respectivamente.

Estos dos últimos artículos presentan una ligazón íntima que requiere necesariamente de su examen conjunto. Se trata, además, seguramente de los artículos más oscuros y de difícil inteligencia de toda la Ley 15/2015. Pocas veces las críticas de la doctrina han sido tan rápidas, contundentes y unánimes como en este caso. Del entramado normativo formado por los artículos 11 y 12 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria (teniendo en cuenta además su directa conexión con los artículos 41 a 46 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil), se ha llegado a decir que es «terminológica y conceptualmente confuso, asistemático y falto de la mínima coherencia y obliga a proponer una interpretación partiendo, no de lo que dice la ley, sino presuponiendo lo que pretende decir habida cuenta de su contexto, antecedentes, de la realidad social, espíritu y finalidad, como ordena el artículo 3 del Código Civil»[1].

Para intentar hacer una correcta exégesis de estos complejos y confusos preceptos es preciso empezar por realizar algunas aclaraciones terminológicas, conceptuales y de delimitación del sistema de fuentes normativas en esta materia. Para ello ha de comenzarse aclarando el concepto y ámbito de la jurisdicción voluntaria en la Ley 15/2015.

II. CONCEPTO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 15/2015, DE 2 DE JULIO

1. Concepto de jurisdicción voluntaria

La jurisdicción voluntaria es una categoría jurídica que comprende un amplio elenco de procedimientos y materias que van desde el nombramiento de defensor judicial, hasta la fijación de plazo para el cumplimiento de las obligaciones, pasando por la declaración de ausencia y fallecimiento, la conciliación, el nombramiento de contador-partidor, las subastas extrajudiciales, las dispensas de impedimentos matrimoniales, la disolución de sociedades, o la reclamación extrajudicial de deudas. Según el detalladísimo inventario de procedimientos de jurisdicción voluntaria elaborado en su momento por GONZÁLEZ POVEDA, en total existen más de doscientos procedimientos específicos de jurisdicción voluntaria.

¿Cuál es el denominador común a todas estas materias y procedimientos?

Para contestar a este interrogante resulta útil recordar lo que sobre su entronque constitucional y sobre su naturaleza funcional ha dicho al respecto la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 12 de junio de 2012. En ella se encuadra la materia señalando que de los apartados

3 y 4 del artículo 117 de la Constitución resulta que a los órganos judiciales les corresponde en exclusiva el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, y, además, pero sin carácter de exclusividad, el ejercicio de aquellas otras funciones que expresamente les sean atribuidas por la ley en garantía de cualquier derecho (cfr. Autos del Tribunal Constitucional 599/1984, de 17 de octubre, y 5856/2005, de 13 de diciembre).

Pues bien, dentro de esta segunda esfera, sigue diciendo el Centro Directivo, «se sitúa la impropiamente denominada jurisdicción voluntaria, que encuentra su amparo en el apartado 4 del citado precepto constitucional, como función expresamente atribuida a los juzgados y tribunales en garantía de derechos que se ha considerado oportuno sustraer de la tutela judicial que otorga el proceso contencioso, amparado en el artículo 117.3.

Ambos tipos de procedimientos, los contenciosos o propiamente jurisdiccionales, y los de jurisdicción voluntaria, tienen un ámbito de aplicación y unas características claramente diferenciadas, siendo los respectivos principios rectores de cada uno de dichos procedimientos también distintos. De este modo, el principio de igualdad de partes, esencial en el proceso contencioso, está ausente en la jurisdicción voluntaria, puesto que los terceros no están en pie de igualdad con el promovente o solicitante. Tampoco está presente en los procedimientos de jurisdicción voluntaria el principio contradictorio, habida cuenta que propiamente no hay partes, sino meros interesados en el procedimiento. En fin, también está ausente en los procedimientos de jurisdicción voluntaria el efecto de cosa juzgada de la resolución, ya que la participación o intervención del Juez no tiene carácter estrictamente jurisdiccional.

En definitiva, en los procedimientos de jurisdicción voluntaria un particular solicita la intervención de un tercero investido de autoridad sin que exista conflicto o contraposición de intereses. Y como dijo este Centro Directivo en su Resolución de 1 de febrero de 2007 (recaída en recurso en materia de Registro Civil), la jurisdicción voluntaria pertenece a ese «agregado de actividades que se ha dado en llamar la Administración pública del Derecho privado, también identificada genéricamente como función legitimadora, y cuyas actividades vienen atribuidas por la Ley ya a órganos jurisdiccionales, ya a órganos administrativos, ya a Notarios o Registradores.

Esta función legitimadora, como categoría propia del Estado y con autonomía específica dentro de la administrativa, pero claramente diferenciada de la jurisdiccional, ha sido explicada por la civilística moderna con precisión. Así se afirma que la misión del Estado en orden a la realización del Derecho no solo supone formular abstractamente la norma jurídica, tarea que entraña la función legislativa, y declarar el Derecho en los casos de violación de la norma, actividad consistente en la función jurisdiccional, sino que exige, además, coadyuvar a la «formación, demostración y plena eficacia» de los derechos en

su desenvolvimiento ordinario y pacífico, no litigioso, mediante instituciones que garanticen su legitimidad, confieran autenticidad a los hechos y actos jurídicos que les dan origen y faciliten la publicidad de los derechos que tales actos originen».

Por ello no es de extrañar que la Ley 15/2015 haya optado por «desjudicializar» un grupo numeroso de procedimientos y expedientes que sin tener naturaleza intrínsecamente jurisdiccional, hasta el momento actual estaban incardinados en la esfera de la jurisdicción voluntaria y que no afectan directamente a derechos fundamentales o suponen afectación de intereses de menores o personas que deben ser especialmente protegidas, y así se ha hecho en la nueva Ley, por lo que su tutela podía confiarse a otros funcionarios u operadores jurídicos. En este sentido afirma el preámbulo de la Ley (apartado IV) que «resulta constitucionalmente admisible que en virtud de razones de oportunidad política o de utilidad práctica, la ley encomiende a otros órganos públicos, diferentes de los órganos jurisdiccionales, la tutela de determinados derechos que hasta el momento actual estaban incardinados en la esfera de la jurisdicción voluntaria y que no afectan directamente a derechos fundamentales o suponen afectación de intereses de menores o personas que deben ser especialmente protegidas, y así se ha hecho en la presente ley», de forma que el legislador «opta por atribuir el conocimiento de un número significativo de asuntos que tradicionalmente se incluían bajo la rúbrica de la jurisdicción voluntaria a operadores jurídicos no investidos de potestad jurisdiccional».

Esta nueva distribución de competencias en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, de forma que algunas se mantendrán en el ámbito de la Administración de Justicia y otras se desjudicializan pasando a Notarios y Registradores, da lugar a una importante consecuencia en relación con la estructuración normativa de los procedimientos de jurisdicción voluntaria.

De modo que la Ley de la Jurisdicción Voluntaria contiene las normas comunes para la tramitación de los expedientes de esta naturaleza regulados por las leyes, cuyo conocimiento se atribuye al Juez o al Secretario judicial[2], dando así coherencia interna a su articulado. Ello le otorga análoga vocación codificadora a la que en su momento correspondió, *«mutatis mutandis»*, a la Ley 1/2000, de 7 de enero, en relación con la denominada jurisdicción contenciosa. Razonablemente también, aquellos actos que, con la nueva regulación, quedan fuera del ámbito competencial de los tribunales de justicia se regulan extramuros de la nueva Ley, en otras normas dentro del ordenamiento jurídico a las que se da nueva redacción en sus disposiciones finales.

Por el contrario, en relación con las funciones asignadas a otros operadores jurídicos, el criterio que se sigue es, por razones de sistemática legislativa, el de extraer del articulado de la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria la regulación de todos aquellos expedientes cuya tramitación se mantiene fuera de la Administración de Justicia.

2. Ámbito de aplicación de la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria

Coherentemente con este planteamiento, el artículo 1 de la Ley dice que su objeto es la «regulación de los expedientes de jurisdicción voluntaria que se tramitan ante los órganos jurisdiccionales» (apartado 1), aclarando a continuación que «se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria a los efectos de esta Ley todos aquellos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso».

Por tanto, desde la perspectiva de la nueva Ley 15/2015, solo en un sentido amplio e impropio podemos seguir hablando de jurisdicción voluntaria en relación con los expedientes ahora «desjudicializados». Como señala Martín Mazuelos[3], el término «jurisdicción» y su distinción entre contenciosa y voluntaria implica la intervención de órganos judiciales, a los que se encomienda por razones de oportunidad legislativa el conocimiento de expedientes no contenciosos en virtud de la habilitación proporcionada por el artículo 117.4 de la Constitución. Observa el autor citado que el Título VII añadido a la Ley del Notariado por la citada Ley 15/2015 evita nombrar la jurisdicción voluntaria y habla de «expedientes y actas especiales», así como el hecho de que el preámbulo de la Ley aclara terminológica y conceptualmente la cuestión diciendo que «Su regulación en una ley independiente supone, al mismo tiempo, el reconocimiento de la autonomía conceptual de la jurisdicción voluntaria dentro del conjunto de actividades jurídico-públicas legalmente atribuidas a los tribunales de justicia» (apartado I). Y como hemos visto, más adelante en el apartado IV justifica que se encomiende a órganos diferentes «la tutela de determinados derechos que hasta el momento actual estaban incardinados en la esfera de la jurisdicción voluntaria», de donde se colige que ha dejado de estar incardinada en dicha esfera tras la reforma legal.

Esta aclaración es sumamente importante puesto que explica y predetermina el diferente régimen del reconocimiento que la Ley 15/2015 establece para las resoluciones judiciales extranjeras en materia de jurisdicción voluntaria (art. 11 y también, como veremos, 12), por un lado, y el de aceptación de los documentos públicos extranjeros de la disposición adicional tercera de la Ley, a los efectos de su inscripción en los Registros públicos.

III. SISTEMA DE FUENTES NORMATIVAS EN RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DE RESOLUCIONES JUDICIALES EXTRANJERAS EN MATERIA DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Como hemos visto los artículos 11 y 12 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria regulan la inscripción en los registros públicos y la

eficacia y reconocimiento en España de los expedientes y actos de jurisdicción voluntaria acordados por autoridades extranjeras, en los términos que veremos a lo largo del presente estudio.

Sucede, sin embargo, que su vigencia y alcance debe ser aclarada pues la misma materia viene regulada por la posterior (en algunos días) Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, al extender su artículo 41 sus previsiones sobre reconocimiento y ejecución no solo a las resoluciones firmes extranjeras recaídas en un procedimiento contencioso, sino también las dictadas en un procedimiento de jurisdicción voluntaria (*vid.,* apartado 2). Lo mismo sucede en relación con las inscripciones registrales, al establecer su artículo 59.1 que «No se requerirá procedimiento especial para la inscripción en los Registros españoles de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles de las resoluciones judiciales extranjeras que no admitan recurso con arreglo a su legislación, ya se trate de resoluciones judiciales firmes o de resoluciones de jurisdicción voluntaria definitiva».

¿Deben entenderse modificados los artículos 11 y 12 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria por la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en todo lo que no sean coincidentes? No parece que deba entenderse así, pues, como vamos a ver, frente al criterio de ley posterior, debe prevalecer el de ley especial.

En efecto, el artículo 4 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, que tiene por objeto regular la cooperación jurídica internacional entre las autoridades españolas y extranjeras en materia civil y mercantil, establece que dicha materia se rige por: a) las normas de la Unión Europea y los tratados internacionales en los que España sea parte; b) las normas especiales del Derecho interno, y c) subsidiariamente, por la presente ley. Por tanto, después de las normas de la Unión Europea y de los tratados internacionales, hay que acudir a las denominadas «normas especiales del Derecho interno» con carácter previo a la aplicación supletoria de la citada Ley 29/2015.

¿Cuáles son estas normas especiales? Contesta a la cuestión la disposición adicional primera de la mencionada Ley estableciendo que tienen la consideración de normas especiales a los efectos del artículo 2, entre otras, «las normas de Derecho Internacional privado contenidas en la Ley de Jurisdicción Voluntaria» (*vid.,* apartado g), normas que son las establecidas en el Capítulo I del Título I de la Ley 15/2015, que incluyen sus artículos 11 y 12.

Cosa distinta, es que las lagunas que en materia de procedimiento y otras dejen estos últimos artículos deban integrarse acudiendo a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, y que las incoherencias sistemáticas que presentan los citados artículos 11 y 12 requieran acudir a los principios que inspiran la regulación del conjunto de esta materia.

IV. PRINCIPIOS GENERALES EN MATERIA DE EFICACIA REGISTRAL EN ESPAÑA DE RESOLUCIONES JUDICIALES EXTRANJERAS

Antes de entrar en el análisis de la regulación específica del reconocimiento de efectos en general, y de la eficacia e inscripción registral en particular, de las resoluciones judiciales extranjeras en España en el ámbito específico de la jurisdicción voluntaria, resultará conveniente que busquemos los principios generales que inspiran la regulación de dicha materia en la norma general, es decir, en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación jurídica internacional.

Pues bien, de la lectura de los artículos 58 y 59 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional resultan los siguientes principios generales en la materia:

1.º. *Las resoluciones extranjeras podrán inscribirse directamente sin necesidad de acudir al exequátur*. Esto, sin embargo, no significa que no hayan de reconocerse, sino que el reconocimiento lo verificará el Registrador en el propio procedimiento registral. Esta solución coincide con el criterio reflejado en otros instrumentos normativos tanto internos, como es el caso de la Ley 20/2011, de Registro Civil (*vid.,* art. 96), como internacionales (*vid.,* Reglamento 1215/2012 UE sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil).

2.º. *Solo podrán inscribirse las resoluciones que sean firmes. A falta de firmeza solo podrán acceder al Registro a través de un asiento provisional (anotación preventiva)*. Solución que igualmente coincide con varios textos normativos internos (*vid.,* arts. 40 y 96.1 de la Ley 20/2011, del Registro Civil, 42 de la Ley Hipotecaria, etc.).

3.º. *Principio de la «lex registrii», conforme al cual toda la materia registral queda sujeta a la ley española*. Principio que se formula en términos amplios, comprensivos de todo lo relativo a los procedimientos, requisitos y efectos de los asientos registrales, en términos similares a los que se utilizan en recientes instrumentos de la Unión Europea (*v.gr*. Reglamento núm. 650/2012 en materia sucesoria). *Vid.,* artículo 58 de la Ley 29/2015.

Sobre la base de estos principios, el artículo 59 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional establece las siguientes reglas concretas para la inscripción en los Registros españoles de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles de resoluciones judiciales extranjeras que no admitan recurso (tanto resoluciones judiciales firmes como resoluciones de jurisdicción voluntaria definitivas):

— Para la inscripción de tales resoluciones judiciales extranjeras, con carácter previo a la calificación del título inscribible, el Registrador verificará la regularidad y la autenticidad formal de los documentos presentados y la inexistencia de las causas de denegación de reconocimiento previstas en el artículo 46;
— El Registrador debe notificar su decisión (favorable o adversa al reconocimiento), al presentante y a la parte frente a la que se pretende hacer

valer la resolución extranjera, en el domicilio que conste en el Registro o en la resolución presentada;
— Los notificados podrán oponerse a tal decisión en el plazo de veinte días;
— Cuando no hubiere podido practicarse la notificación en los domicilios indicados y, en todo caso, cuando el Registrador adoptare una decisión contraria al reconocimiento incidental, se suspenderá la inscripción solicitada y el Registrador remitirá a las partes al Juez que haya de entender del procedimiento de reconocimiento a título principal regulado en este título; a instancia del presentante podrá extenderse anotación de suspensión del asiento solicitado;
— Queda siempre a salvo la posibilidad de que el interesado recurra al proceso de exequátur previsto en la Ley.

El artículo 59 establece, por tanto, un procedimiento de reconocimiento incidental directo ante el Registrador, pero con posible intervención de los interesados. En efecto, atendiendo a los efectos que derivan de la inscripción y de su eficacia *erga omnes*, el legislador ha considerado la inscripción como un acto de ejecución impropia, para el que, como en los demás supuestos de ejecución, ha de darse traslado a las partes afectadas de la decisión de reconocer antes de inscribir a fin de que puedan oponerse a tal reconocimiento que efectúa el Registrador.

Esta fórmula, más garantista que la fórmula del reconocimiento directo sin posibilidad de intervención de los interesados, presenta sin embargo la dificultad de carecer dentro de las normas registrales de un procedimiento específico en que pueda quedar encauzado o subsumido. Lo cual planteará el problema, entre otros, de la posible caducidad del asiento de presentación (cfr. arts. 17 y 24 de la Ley Hipotecaria) antes del transcurso del plazo de los veinte días de oposición. La posible solución puede estar en la extensión de una anotación preventiva por imposibilidad del Registrador conforme al artículo 42.9.º de la Ley Hipotecaria, cuya vigencia dura mientras no cese la causa de la imposibilidad de practicar el asiento (en este caso los trámites de notificación y expiración del plazo para formular oposición).

La solución del legislador favorable a la posibilidad del reconocimiento directo (o ejecución impropia) por el Registrador, evitando el exequátur, presenta indudables ventajas al facilitar el tráfico y evitar la necesidad de acudir ante un tribunal a ejercitar tal pretensión. Por otra parte, recuérdese que se trata de un precepto (art. 59) de aplicación subsidiaria para los casos no cubiertos por los tratados o convenios internacionales o normas de la Unión Europea o de otras normas especiales de Derecho interno.

En cuanto a las causas de denegación del reconocimiento, aparecen recogidas en el artículo 46 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, que examinaremos conjuntamente con las del artículo 12 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, con las que no coincide más que parcialmente.

V. REGULACIÓN ESPECÍFICA DE LA EFICACIA GENERAL Y REGISTRAL DE LAS RESOLUCIONES EXTRANJERAS EN MATERIA DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN ESPAÑA

Esta regulación específica de la eficacia general y registral de las resoluciones extranjeras en materia de jurisdicción voluntaria en España aparece recogida, como ya se ha avanzado, en los artículos 11 y 12 de la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria. Como también se ha dicho, estos artículos tienen la consideración de normativa especial de aplicación preferente respecto de las normas examinadas de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional. No obstante, la aplicación de estas no queda desplazada *in totum* por dos motivos: primero, por el carácter parcial o incompleto de la regulación de los citados artículos 11 y 12 de la Ley 15/2015; y segundo, porque es el propio artículo 12.1 de esta Ley el que se remite a aquella en los siguientes términos: «Los actos de jurisdicción voluntaria acordados por las autoridades extranjeras que sean firmes surtirán efectos en España y accederán a los registros públicos españoles previa superación de su reconocimiento conforme a lo dispuesto en la legislación vigente».

1. Reglas específicas sobre el reconocimiento de resoluciones extranjeras sobre jurisdicción voluntaria

Las reglas directas y específicas del artículo 12 (sin remisiones) son de tres tipos:

a) de admisión del reconocimiento incidental (sin necesidad de un procedimiento autónomo dirigido exclusivamente a este objeto);
b) de competencia: atribuye la competencia para el reconocimiento incidental tanto al órgano judicial español como al Encargado del Registro público español competente;
c) de determinación de las causas de denegación del reconocimiento que enumera en el apartado 3 (incompetencia de la autoridad de origen, infracción de los derechos de defensa, infracción del orden público español, y violación de un derecho fundamental o libertad pública de nuestro ordenamiento).

2. Ámbito de aplicación de los artículos 11 y 12 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria

Una de las mayores dificultades interpretativas que ofrecen estos preceptos es la de la determinación de sus respectivos ámbitos de aplicación y la autonomía o no de sus respectivas reglas. En concreto resulta particularmente imprecisa y asistemática la Ley al tiempo de delimitar las resoluciones cubiertas por ambos

preceptos. Hay dos puntos comunes a ambas que consisten en referirse en todo caso a materias de jurisdicción voluntaria y a actos o resoluciones extranjeras. A partir de ahí vienen las diferencias: el artículo 11 se refiere a «resoluciones definitivas» emanadas de «órgano judicial»; el artículo 12 diversamente habla de «actos» (de jurisdicción voluntaria) «firmes» y «acordados por las autoridades extranjeras». ¿Se refiere a autoridades extranjeras no judiciales? ¿Las resoluciones del artículo 11 pueden ser definitivas pero no firmes? ¿Los «actos» del artículo 12 son también «resoluciones» en el sentido del artículo 11? ¿Las causas de denegación del artículo 12 se aplican también para el reconocimiento de las resoluciones del artículo 11? Dada la fecha posterior de la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional ¿son aplicables para el reconocimiento de los actos y resoluciones de jurisdicción voluntaria extranjeros los motivos de denegación que figuran en el artículo 46 de la citada Ley 29/2015 y omitidos en la Ley 15/2015?

Todos estos interrogantes deben intentar despejarse elevando la interpretación por encima de la literalidad de la norma, de la cual, como ha señalado ya la doctrina, no puede decirse que sea un modelo de coherencia y sistemática.

A) La delimitación objetiva por razón de la materia entre el artículo 11 y el artículo 12

Como hemos dicho, la jurisdicción voluntaria abarca una miscelánea de materias de contenido muy diverso (adopción, deslinde de fincas, convocatoria de junta de sociedades, etc). Por ello, como han destacado FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO [4], estos distintos actos de jurisdicción voluntaria presentan una naturaleza muy dispar en función del distinto alcance de la intervención de la autoridad o funcionario que actúa, «que participa una veces con carácter constitutivo, algunas con una misión protectora y otras con un carácter de mero fedatario». En todo caso, los actos de jurisdicción voluntaria no producen efecto de cosa juzgada material ni, en la mayoría de los casos, efectos ejecutivos.

Esta distinción le sirve de base a los autores citados para diferenciar el ámbito objetivo de los artículos 11 y 12 analizados, de forma que este último se referiría a aquellos actos de jurisdicción voluntaria en que la autoridad desarrolla una «mera función receptora de declaraciones de voluntad privada, actuando más como una condición de eficacia formal del negocio que como un administrador de derechos privados (*ad ex.* aprobación del reconocimiento de la filiación, renuncia del albaceazgo, aceptación de herencia). Por el contrario, el artículo 11 tendría por objeto aquellos casos de resoluciones en que la intervención de la autoridad judicial «tiene un carácter constitutivo o decisorio (adopción, in-

capacitación, declaración de ausencia) y es, por tanto, dicho efecto constitutivo de la decisión el objeto de reconocimiento; se trata de actos en que la autoridad no solo interviene pasivamente, como mero espectador, autorizante o fedatario, como condición de forma del acto prevista legalmente, sino que, en un sentido amplio, decide, interpretando y aplicando la ley, valorando y sancionando en un sentido o en otro la constitución del acto y los derechos derivados, tal y como ocurre con el expediente de adopción en nuestra legislación».

Esta doble naturaleza del contenido de las actuaciones de jurisdicción voluntaria justificaría que en el caso del artículo 11 se emplee el término de «resoluciones» y en el 12 el vocablo de «actos». Recordemos que conforme al artículo 43, a) de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional el término «resolución» se define como cualquier «decisión» adoptada por un órgano jurisdiccional de un Estado, con independencia de su denominación. Por tanto, en el caso del artículo 11 estamos en presencia de actos de decisión, no de mera constatación o prueba, que necesariamente deben proceder de órganos judiciales. Recordemos que la parte de los procedimientos de jurisdicción voluntaria que se ha «desjudicializado» con la reciente Ley 15/2015, como señala MARTÍN MAZUELOS[5], es la relativa a actuaciones judiciales que «se limitaban a recoger una manifestación de voluntad, como la expresión de la aceptación y repudiación de la herencia (aunque ha dejado otras como el acuerdo en el deslinde y en la conciliación)».

Con ello, como afirma el citado autor, «se separan las resoluciones que siempre implican una decisión y la mera documentación de un hecho o acto incluso tras una cierta actividad procedimental sobre su certeza, como ocurre con las declaraciones de herederos o el expediente de dominio, por citar algunos casos que la Ley de Jurisdicción Voluntaria ha apartado de la competencia de los órganos judiciales». Se refiere a ello el preámbulo de la Ley cuando dice que se reservan a la decisión del Juez «aquellos expedientes que afectan al interés público o al estado civil de las personas, los que pueden deparar actos de disposición o de reconocimiento, creación o extinción de derechos subjetivos o cuando estén en juego los derechos de menores o personas con capacidad modificada judicialmente».

B) La delimitación subjetiva por razón del órgano competente entre el artículo 11 y el artículo 12

No cabe duda de que en el caso del artículo 11 las resoluciones a que se refiere deben proceder de órgano judicial extranjero. Ahora bien, en el caso del artículo 12 la alusión a «autoridades extranjeras» suscita la duda de si se refiere también a autoridades judiciales, a autoridades no judiciales o bien a autoridades judiciales y no judiciales.

FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO [6] se han planteado esta cuestión haciendo un análisis con el que coincido. Parten de la constatación de que conforme al apartado 3 del artículo 11 de la Ley 15/2015, su régimen jurídico es aplicable a las resoluciones pronunciadas por autoridad no pertenecientes a órganos judiciales extranjeros en materia de jurisdicción voluntaria, cuya competencia corresponda, según la ley española, al conocimiento de órganos judiciales. E inversamente los actos de jurisdicción voluntaria dictados por órganos jurisdiccionales extranjeros en materias que en España sean de competencia de autoridades no judiciales seguirán el régimen de aceptación —no reconocimiento— de los documentos públicos (*vid.,* disposición adicional tercera de la Ley 15/2015). Los citados autores ponen el ejemplo de un nombramiento de un partidor, que compete en nuestro sistema a los Secretarios Judiciales (Letrados de la Administración de Justicia) o a los Notarios.

En base a ello, FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO formulan una primera tesis (siguiendo el método de ensayo y error) conforme a la cual el artículo 12 de la Ley quedaría reservado al reconocimiento de actos de jurisdicción voluntaria de autoridades no judiciales extranjeras que correspondan a la competencia judicial según la ley española. Sin embargo, observan a continuación que esta conclusión no casaría para el reconocimiento registral, en virtud de lo dispuesto en el artículo 11.3 (que reconduce esas hipótesis a este último precepto y no al 12). Lo que les lleva a plantear que «tal vez el artículo 12 de la Ley pretenda establecer un régimen general del reconocimiento de resoluciones y actos de jurisdicción voluntaria» (segunda tesis dialéctica). Sin embargo, nuevamente observan un obstáculo a esta conclusión: el artículo 41.2.º de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional somete con carácter general el reconocimiento de las «resoluciones extranjeras definitivas» de jurisdicción voluntaria a lo dispuesto para las sentencias contenciosas en dicha Ley.

Descartadas las anteriores hipótesis llegan a una tercera que consistiría en interpretar que el artículo 12 de la Ley se aplicaría al reconocimiento incluso de actos judiciales extranjeros de jurisdicción voluntaria, atribuidos asimismo a la competencia judicial en España, pero que no presentan un carácter constitutivo, como puede ser la autorización para que el tutor enajene un bien del incapaz. Tesis en que converge finalmente con los planteamientos que al respecto hacen tanto MARTÍN MAZUELOS como los profesores ESPLUGUES MOTA e IGLESIAS BUHIGUES en los trabajos antes citados. Por tanto, desde esta perspectiva existiría un perfecto paralelismo en el ámbito subjetivo de los artículos 11 y 12 de la Ley 15/2015, que se diferenciarían entre sí por razón de su respectivo ámbito objetivo en atención a la distinta naturaleza de los actos de jurisdicción voluntaria a que se refieren, el primero alusivos a los decisorios y el segundo a los de mera constatación, documentación o integración.

3. El régimen común del reconocimiento resultante de los artículos 11 y 12 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria

A) Coincidencias y divergencias entre los artículos 11 y 12

Tanto de los artículos 11 y 12 de la Ley Jurisdicción Voluntaria como de los artículos 41 y 44 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional resulta que el reconocimiento puede obtenerse bien a título principal a través del exequátur, bien a título incidental sin necesidad de un procedimiento especial o autónomo dirigido a ese fin. Y ello tanto respecto de las resoluciones extranjeras firmes recaídas en un procedimiento contencioso (art. 41.1 LCJI), como —en principio— respecto de «las resoluciones extranjeras definitivas adoptadas en el marco de un procedimiento de jurisdicción voluntaria» (art. 41.1 LCJI y 11.1 LJV).

Hay por tanto una asimilación en el régimen legal del reconocimiento en España de las resoluciones judiciales extranjeras contenciosas y de jurisdicción voluntaria. La diferencia surge, sin embargo, entre los actos de jurisdicción voluntaria de carácter decisorio (art. 11 LJV) y los de carácter o naturaleza integrativa o de mera constatación (art. 12 LJV). La diferencia estriba en que respecto de estos últimos se excluye la vía del exequátur, incluso con carácter alternativo o subsidiario al reconocimiento incidental, que a efectos registrales necesariamente debe realizar el Encargado del Registro correspondiente (*vid*., art. 11.1, b y 12.2 LJV).

B) Régimen común tradicional de reconocimiento de la eficacia de los actos y resoluciones de jurisdicción voluntaria

Como ha destacado la doctrina[7], el régimen tradicional o histórico de reconocimiento del efecto constitutivo de las resoluciones de jurisdicción voluntaria ha estado basado en el cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 144 y 323 en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, y en el respeto de los requisitos de validez exigidos por la ley material aplicable conforme a nuestro sistema de Derecho internacional privado.

Este es el planteamiento por el que se ha inclinado reiteradamente el Tribunal Supremo español, que además no hace distinción en función del tipo o categoría de acto de jurisdicción voluntaria, ya se trate de actuaciones de mera constatación o fijación de hechos o de naturaleza decisoria. Incluye por tanto en esta doctrina lo mismo una declaración de herederos ab intestato que una decisión sobre la guarda o visita de un menor (*vid*., Autos TS de 10 de marzo de 1998, 29 de septiembre de 1998, 1 de diciembre de 1998, 30 de noviembre de 1999, 18 de julio de 2000, 24 de septiembre de 2002, 31 de julio de 2003). Por ello el Tribunal Supremo excluye el reconocimiento de los actos de jurisdicción

voluntaria extranjeros a través del procedimiento de EXEQUÁTUR, atendiendo a la falta de cosa juzgada material e incluso de efectos ejecutivos, en sentido propio, de este tipo de actos o decisiones, optando, en consecuencia, por un criterio estricto de «firmeza».

Y por ello, como han subrayado FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO, el Tribunal Supremo estima que las diferencias entre las sentencias dictadas en procedimientos contenciosos y los actos de jurisdicción voluntaria «desplazan la cuestión de la homologación de los actos de jurisdicción voluntaria al reconocimiento por vía incidental por el órgano o autoridad ante la cual quieran hacerse valer los particulares efectos que se deriven de él, quien, además de la verificación de los requisitos establecidos en los artículos 600 y 601 de la LEC [actuales arts. 144 y 323] y una vez resuelta la cuestión de la calificación jurídica del auto, deberá atender a los que determine la correspondiente norma material a la que apunte la norma de conflicto española, incluidos, en su caso, los Convenios Internacionales en los que España sea parte y resulten aplicables por razón de la materia».

C) Régimen actual de reconocimiento de la eficacia de los actos y resoluciones de jurisdicción voluntaria

Las diferencias entre el régimen de reconocimiento antes descrito y el régimen resultante de las actuales Leyes de Jurisdicción Voluntaria y de Cooperación Jurídica Internacional serían tan solo dos.

Por un lado, la de que en relación con las resoluciones definitivas de jurisdicción voluntaria de tipo decisorio o de efecto constitutivo ahora se admite con carácter opcional o alternativo la obtención del reconocimiento a título principal a través del procedimiento específico y autónomo del exequátur (*vid.,* arts. 41.1 LCJI y 11.1, a LJV);

Y por otro lado, la articulación de dos niveles en el examen de dicho acto o resolución: uno previo relativo a la no concurrencia de causas de denegación, y otro posterior integrado en el propio procedimiento registral cuando del reconocimiento de efectos registrales se trata, que se extiende a los aspectos formales de autenticidad y a todos los materiales de validez. Esta distinción está claramente reflejada en el artículo 11.1 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria del que resultan las dos fases de dicho examen.

En efecto, si se lee con atención la redacción de dicho precepto se observará que en su apartado 1 se contienen requisitos de distinta naturaleza para que puedan ser inscritas las resoluciones judiciales extranjeras de jurisdicción voluntaria. En primer lugar la previa superación del exequátur o reconocimiento incidental (*vid.,* letra a); para esto será suficiente que no concurran ninguno de los motivos de denegación que asistemáticamente aparecen formulados en el

artículo 12 (surgiendo la duda de su interrelación con el art. 46 LJCI). Y en segundo lugar, la verificación por el Encargado del Registro correspondiente de la «concurrencia de los requisitos exigidos para ello» (*vid.,* letra b).

¿A qué requisitos se está refiriendo la norma? ¿A qué alude el pronombre «ello»? Este pronombre se refiere a la inscripción pretendida y sujeta a los requisitos cuya concurrencia debe verificar y exigir el Registrador. Por tanto, los requisitos a que alude la letra b) del artículo 11.1 no pueden ser otros que los que la correspondiente legislación registral imponga, pues en esta materia rige la *«lex registrii»*, según resulta con claridad del artículo 58 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, según la cual, en línea con los instrumentos comunitarios de cooperación jurídica internacional, «el procedimiento registral, los requisitos legales y los efectos de los asientos registrales se someterán, en todo caso, a las normas del Derecho español».

Ello obliga a preguntarnos cuál es el régimen de calificación en el Registro español de las resoluciones judiciales españolas en materia de jurisdicción voluntaria, lo que nos reconduce a los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 22.2 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria[8].

4. Determinación de los actos o resoluciones que exigen el reconocimiento

Sabido es que los documentos públicos extranjeros no son objeto de reconocimiento (la doctrina habla en este caso de «aceptación»), quedando sometidos para la obtención de efectos registrales en España al régimen de inscripción previsto en la disposición adicional tercera de la Ley 29/2015, de Cooperación Jurídica Internacional.

Siguiendo con el método de delimitación negativo, hay que añadir que la doctrina[9] suele negar la posibilidad de reconocimiento a lo que no son más que actos de mera constatación. Sin embargo, como señala MARTÍN MAZUELOS de los expedientes incluidos en la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria solo tienen tal naturaleza los de deslindes y los de conciliación, pues en los restantes existe algún tipo de decisión.

Partiendo de lo anterior, la primera pregunta que se plantea es la de qué sucede respecto de los actos o resoluciones extranjeros que emanados de autoridades no judiciales están encomendados por la Ley española a la competencia de órganos judiciales. Aquí la respuesta es directa y clara: según el apartado 3 del artículo 11 de la Ley 15/2015 se aplica a tales resoluciones extranjeras el mismo régimen jurídico previsto en el citado artículo 11. Es decir, se someten dichas resoluciones al régimen común de reconocimiento de las resoluciones judiciales extranjeras de jurisdicción voluntaria.

Resuelto el primer interrogante, y dado el criterio de alternatividad entre distintas autoridades y operadores jurídicos que ha inspirado la Ley 15/2015,

la siguiente cuestión que se suscita es la de fijar el tratamiento que haya de darse a las resoluciones extranjeras de jurisdicción no contenciosa recaídas en materias cuya atribución a los órganos judiciales españoles (en concreto a los Letrados de la Administración de Justicia) es compartida con otros funcionarios en la citada Ley. Este sería el caso, por ejemplo, de las subastas voluntarias (arts. 108 LJV y 72 de la Ley del Notariado), la conciliación (arts. 140 LJV, 81 de la Ley del Notariado y 103 bis de la Ley Hipotecaria), la convocatoria de juntas generales y asamblea general de obligacionistas (arts. 117 y 129 LJV, y 169 y 422 de la Ley de Sociedades de Capital), o de la separación y divorcio de mutuo acuerdo en ausencia de hijos menores (arts. 82 y 87 del Código Civil).

En estos casos, en opinión de MARTÍN MAZUELOS que comparto, hay que distinguir: si se trata de una resolución extranjera judicial, debe prevalecer dicho carácter y exigirse el reconocimiento, aplicando el régimen del artículo 41 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional y del artículo 11 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Por el contrario, si se trata de un acto de otra autoridad y la pretensión de su reconocimiento se canaliza como solicitud de inscripción registral, entiende el autor citado que la exigencia de que el Registrador controle la equivalencia de competencias y efectos así como la validez del acto, conforme a la disposición adicional tercera es garantía suficiente[10].

Finalmente cuando se trate de una actuación o acto procedente de una autoridad judicial extranjera que venga atribuida en España a órganos o autoridades no judiciales (como sucedería p. ej., con una declaración judicial extranjera de herederos abintestato) no es susceptible de reconocimiento, sino que se subsume en el régimen previsto para la inscripción en el Registro español de documentos públicos extranjeros de la disposición adicional tercera de la Ley 15/2015.

En consecuencia, todo lo anterior se puede resumir en el siguiente cuadro propuesto por MARTÍN MAZUELO que delimita el ámbito objetivo del reconocimiento de resoluciones y actos extranjeros:

a) Resoluciones extranjeras sobre materia cuya competencia esté atribuida en exclusiva por la ley española a órganos judiciales (Juez o Letrado de la Administración de Justicia): en estos casos se requiere para que produzcan efectos en España el reconocimiento autónomo o incidental (que a efectos registrales resolverá el Encargado del Registro).

b) Resoluciones recaídas en materias de competencia compartida entre el Letrado de la Administración de Justicia y otros funcionarios no judiciales. En caso de que se trate de una resolución judicial será exigible su reconocimiento para obtener eficacia en España. Por el contrario, si emana de autoridad u órgano no judicial procede la aplicación del régimen de la disposición adicional tercera de la Ley 15/2015.

c) Actuaciones o actos dictados en materias que la Ley española no contempla como propias de la competencia judicial. Están excluidas también del reconocimiento, sin perjuicio de la aplicación del régimen de la citada disposición adicional tercera de la Ley en cuanto a la pretensión de su inscripción registral.

Estas conclusiones son también compartidas en gran parte por ESPLUGUES MOTA e IGLESIAS BUHIGUES[11], que formulan sus conclusiones en esta materia en el siguiente sentido:

1.º. «A pesar de su equívoca terminología y de su defectuosa sistematización, hay que entender que el artículo 12, que establece los requisitos generales del reconocimiento principal e incidental, es la norma general, de forma que los expedientes y actos de jurisdicción voluntaria a los que se refiere son aquellos de los que pueden conocer los órganos judiciales, de forma que el vocablo «actos» que emplea tiene un sentido general y comprensivo tanto de actos como de resoluciones».

2.º. «De este modo se distingue entre «resoluciones y actos» judiciales de jurisdicción voluntaria de origen judicial (los atribuidos por la LJV a la competencia resolutoria de los órganos judiciales), y los «documentos públicos», que son lo que según la misma Ley se atribuyen a la competencia de órganos no judiciales. En consecuencia las primeras (resoluciones y actos judiciales) de jurisdicción voluntaria —al igual que los contenciosos— deben superar el trámite previo del EXEQUÁTUR o del reconocimiento incidental para ser inscritas en el Registro (a ellas se refieren los arts. 11 y 12.1 LJV y los arts. 41.2 y 59 LCJI). Ahora bien, dado el carácter especial de la LJV, los motivos de denegación del reconocimiento se rigen —tratándose de resoluciones y actos de jurisdicción voluntaria— por el artículo 12.3 LJV, en tanto que los segundos, por su carácter y efecto meramente probatorio o de constatación, quedan sometidos al régimen de aceptación y calificación de los documentos públicos previsto en la disposición adicional tercera de la LJV».

3.º. «En relación con los expedientes que la LJV atribuye a los órganos judiciales sin exclusividad, es decir en concurrencia o alternatividad con otros funcionarios públicos, debe ser resuelto fijando previamente la naturaleza concreta de la materia, de forma que cuando la intervención del órgano judicial o de otro funcionario público sea de carácter documental y fe pública, con eficacia esencialmente probatoria, se aplicará el régimen de la disposición adicional tercera a los actos dictados por las autoridades extranjeras no judiciales».

5. Motivos de denegación

En cuanto a los motivos de denegación el problema hermenéutico que se plantea estriba en la falta de coincidencia de los enunciados por el artículo 12.3

de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria y los mencionados en el artículo 46 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional. El primero, en concreto, impone el control de la competencia internacional de la autoridad del país de origen (bajo los criterios de proximidad y no violación de los foros exclusivos de los tribunales o autoridades españolas); de los derechos de defensa de los interesados o afectados; y el control de la no infracción del orden público español, en el que se subsume el cuarto motivo indicado en el artículo 12.3 relativo al respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas, cuya cita es por ello en rigor innecesaria al estar cubiertos por la cláusula del orden público.

Por su parte, el artículo 46.1 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional menciona los motivos anteriores (orden público, derecho de defensa y competencia internacional), pero además añade los siguientes motivos adicionales de denegación: d) cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada en España; e) cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado, si esta última resolución reuniera las condiciones necesarias para su reconocimiento en España; f) cuando existiera un litigio pendiente en España entre las mismas partes y con el mismo objeto, iniciado con anterioridad al proceso en el extranjero.

¿Se aplican también estos motivos al reconocimiento de los artículos 11 y 12 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria? Ya vimos anteriormente que si, por un lado, la Ley 29/2015 es posterior a la Ley 15/2015, sin embargo, por otro, aquella establece un sistema de fuentes normativas que da primacía a las normas especiales entre las que incluye las relativas a los preceptos de Derecho internacional privado de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

MARTÍN MAZUELOS[12] ha defendido convincentemente la tesis de que no hay contradicción entre el artículo 12.3 de la Ley 15/2015 y el 46 de la Ley 29/2015, sino que lo que hace aquel es adaptar las causas de denegación del reconocimiento a la especial naturaleza de los procedimientos de jurisdicción voluntaria, de forma que debe aplicarse con preferencia sobre esta última Ley, como ley especial.

Esa conclusión la alcanza el citado autor reparando en los siguientes datos:

a) los conceptos de cosa juzgada material y litispendencia están ligados a los procesos contenciosos con algunas excepciones dentro de los sumarios y de la adopción de medidas cautelares;
b) las resoluciones de jurisdicción voluntaria nunca causan el efecto de cosa juzgada material respecto a un proceso jurisdiccional con el mismo objeto (art. 19.4 LJV) y solo limitadamente respecto a otro expediente «salvo que cambien las circunstancias» (art. 19.3 LJV);
c) el artículo 45 de la LCJI admite la posibilidad de modificación de resoluciones extranjeras una vez reconocidas y puede darse la situación inversa, que una resolución extranjera modifique otra anterior nacional;

d) la litispendencia, definida como «litigio pendiente en España entre las mismas partes y con el mismo objeto», tampoco se regula en sentido estricto en la LJV;
e) el concepto de «partes» no es aplicable a la jurisdicción voluntaria. Por ello, la LJV en su artículo 6 evita ese término cuando regula los efectos de la tramitación simultánea o posterior de expedientes o procesos sea «con idéntico objeto» o con carácter prejudicial, para prever la suspensión de uno de ellos.

En definitiva, tratándose de un acto de jurisdicción voluntaria extranjero en que ya ha recaído resolución, parece más acorde con su naturaleza y con el marco normativo vigente que se produzca el reconocimiento y, en caso de que después se dictara resolución en el procedimiento nacional pendiente, se produciría la misma situación que si se hubieran dictado dos resoluciones internas en momentos sucesivos.

Ahora bien, de lo anterior hay que excluir la hipótesis de que el procedimiento nacional sea de naturaleza contenciosa, pues en tal caso deberá denegarse el reconocimiento de la resolución extranjera acudiendo a los motivos de la inconciliabilidad o litispendencia del artículo 46 de la Ley 29/2015.

Finalmente, desde el punto de vista formal, resultan plenamente aplicables en este ámbito de la jurisdicción voluntaria las exigencias impuestas en el artículo 54.4 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, relativas a la presentación de original o copia auténtica de la resolución extranjera, debidamente legalizados o apostillados; el documento acreditativo de la firmeza y fuerza ejecutiva en su caso de la resolución extranjera en el Estado de origen, pudiendo constar este extremo en la propia resolución o desprenderse así de la ley aplicada por el tribunal de origen; y las traducciones pertinentes con arreglo al artículo 144 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

VI. RECONOCIMIENTO Y CALIFICACIÓN REGISTRAL

Como se ha dicho anteriormente, el régimen actual de reconocimiento de la eficacia de los actos y resoluciones extranjeras se articula en dos niveles o fases sucesivas en el examen de dicho acto o resolución: una previa relativa a la no concurrencia de causas de denegación, y otra posterior integrada en el propio procedimiento registral cuando del reconocimiento de efectos registrales se trata, que se extiende a los aspectos formales de autenticidad y a todos los materiales de validez.

Esta distinción está claramente reflejada en el artículo 11.1 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria del que resultan las dos fases de dicho examen. Esta idea la refleja también con claridad el artículo 59.2 de la Ley de Cooperación

Jurídica Internacional, conforme al cual «Para la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras a que se refiere el apartado anterior, con carácter previo a la calificación del título inscribible, el Registrador verificará la regularidad y la autenticidad formal de los documentos presentados y la inexistencia de las causas de denegación de reconocimiento previstas en el capítulo II del presente título …». Este tema merece una exposición detenida a la que procedo a continuación, tomando en cuenta también, por su frecuente aplicación en el tráfico jurídico, los instrumentos normativos de cooperación jurídica existentes en la Unión Europea.

En efecto, el aumento de los supuestos de tráfico jurídico internacional intracomunitario en el ámbito de las relaciones económicas y personales ha conducido al legislador europeo a establecer un régimen unificado y simplificado de eficacia transfronteriza de resoluciones judiciales extranjeras basado en el principio de la confianza mutua, y que se ha desarrollado en diversos instrumentos normativos comunitarios, y entre ellos en el Reglamento (UE) núm. 1215/2012, del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, a través de la implantación de un modelo de reconocimiento directo (denominado con frecuencia, aunque de forma impropia, de «reconocimiento automático»), esto es, sin necesidad de obtención previa de un acto de autoridad por el que se declare formalmente, en un procedimiento autónomo y a título principal, la homologación de la resolución extranjera por las autoridades competentes del Estado requerido o de destino en que se pretendan hacer valer sus efectos. Es decir, se prescinde del *«exequátur»* que exigía el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en línea con lo que actualmente prevén los artículos 44.2 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional y 11 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

Se trata, como ha señalado la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de julio de 2012, que contiene un amplio estudio de la materia, de un modelo de reconocimiento que permite invocar la resolución judicial extranjera directamente ante la autoridad del Estado requerido, sin pasar por un procedimiento previo y autónomo con el solo objeto de obtener la declaración de reconocimiento. Este modelo simplificado de reconocimiento ya se introdujo en el Reglamento 44/2001, del Consejo de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, el Reglamento 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000, o el Reglamento 4/2009, del Consejo, de 18 de diciembre de 2009, relativo a la competencia, la ley aplicable,

el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de obligaciones de alimentos. Y este mismo régimen de reconocimiento simplificado es el que se incorporó al nuevo Reglamento de Sucesiones núm. 650/2012, en particular en su artículo 39 conforme al cual «las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno», y ello sin perjuicio de que en caso de oposición, cualquier interesado que invoque el reconocimiento de una resolución a título principal pueda solicitar, por el procedimiento previsto en los artículos 45 a 58 para la declaración de ejecutividad, que se reconozca la resolución. Finalmente, si el reconocimiento se invoca como cuestión incidental ante un tribunal de un Estado miembro, dicho tribunal será competente para conocer el mismo.

Pero ese reconocimiento directo y simplificado, como se explica en la citada Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, no opera de forma automática o *«ex lege»* (por lo que resulta inapropiado el uso de la extendida expresión de «reconocimiento automático») en la medida en que lo que se dispensa es la exigencia de un procedimiento específicamente dirigido a la obtención de la declaración formal de reconocimiento de carácter autónomo, pero sin que ello se traduzca en una ausencia de control de la resolución judicial extranjera, sino en una articulación de los mecanismos de fiscalización más simplificados y sujetos a un régimen de causas tasadas de denegación. Así lo demuestra el hecho de que todos los instrumentos comunitarios citados mantienen la exigencia de verificar por parte de la autoridad competente del Estado de destino, incluidas las autoridades registrales, la no concurrencia en la resolución judicial concreta que se pretende reconocer de ninguno de los motivos de denegación en cada caso establecidos. Además, los instrumentos comunitarios también imponen el cumplimiento de diversos requisitos de carácter formal, que incluyen la presentación de una copia auténtica de la resolución extranjera y una certificación extendida por la autoridad judicial de origen conforme a un formulario preestablecido por el Reglamento. Será la autoridad del Estado requerido en el marco del procedimiento en el que se pretenda hacer valer la resolución extranjera el que a título incidental realice el reconocimiento de dicha resolución mediante el control de los aspectos indicados.

Por otra parte, el conjunto de los instrumentos comunitarios antes citados, si bien establecen el modelo de reconocimiento directo y simplificado expuesto, por el contrario dejan la regulación de la ejecución propiamente dicha de las resoluciones extranjeras en el ámbito de la competencia de los ordenamientos nacionales, por lo que las resoluciones judiciales relacionadas con los procesos de ejecución, incluidas las medidas cautelares, quedan sujetas en cuanto a su implementación o ejecución a lo establecido en los ordenamientos nacionales. Del mismo modo quedan fuera de los instrumentos comunitarios, y por ende sometidos a los respectivos ordenamientos nacionales, la denominada «ejecu-

ción impropia» (sin auxilio judicial) mediante el acceso a los registros públicos jurídicos de las resoluciones judiciales extranjeras declarativas o constitutivas, que como tales no requieren de un procedimiento de ejecución posterior *«stricto sensu»*[13].

Así lo ha declarado igualmente la reiterada Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de julio de 2012, de forma que corresponde a la legislación del Estado del que depende el Registrador determinar el procedimiento, requisitos y efectos de la inscripción de dicha resolución extranjera, si bien la aplicación de la normativa interna tendrá el límite, como se ha señalado por la doctrina y la jurisprudencia, de no poder anular el denominado «efecto útil» de los instrumentos europeos (*vid.,* las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en los asuntos C-388/92, C-443/03 y C-185/2007), entendiendo por tal la efectividad práctica del principio de confianza mutua, en virtud de la cual la resolución dictada por un Juez de otro Estado miembro debe merecer la misma confianza que la dictada por un Juez nacional, y en consecuencia no recibir un trato discriminatorio o desfavorable, lo que supone en el caso español que deberán quedar desplazadas las exigencias impuestas para las resoluciones judiciales extranjeras contenidas en la legislación interna procesal y de cooperación jurídica internacional, a las que remite el artículo 4 de la Ley Hipotecaria (si bien tras la supresión de la imposición obligatoria del reconocimiento a título principal de la resolución a través de un *«exequátur»* por la Ley 29/2015 que ya se ha comentado, tan solo quedaría afectada por esta consideración del efecto útil la exigencia interna de la previa legalización).

Desde la perspectiva del Registro de la Propiedad procederá el reconocimiento incidental de la correspondiente resolución debiendo conectarse los requisitos de reconocimiento con los previstos para el control registral en cada ordenamiento.

Los Reglamentos comunitarios citados carecen, no obstante, de normas propias en las que se establezca el procedimiento que deben seguir las autoridades nacionales a la hora de practicar el control incidental de los requisitos impuestos por el mismo, lo que supondrá que tal control deberá realizarse de acuerdo a las reglas nacionales que regulan el procedimiento en el que esta se invoca. En el caso del acceso a un Registro, ello implica, como han señalado los profesores GARCIMARTÍN ALFÉREZ y HEREDIA CERVANTES[14], la integración de este control en el procedimiento registral y, más en concreto, en la operación calificadora realizada por las autoridades registrales españolas.

El hecho de que el Registrador constate que la resolución extranjera puede ser reconocida no significa necesariamente que esta deba gozar de reflejo registral. La normativa europea mantiene inalterado el régimen de ejecución de las resoluciones extranjeras, incluidas las normas sobre inscripción de títulos judiciales. En consecuencia, tras constatar que la resolución puede ser reconocida

en el Estado en que se pretende su inscripción, entrarán en juego las exigencias relativas a la inscripción de documentos judiciales de la autoridad encargada del Registro nacional[15].

En definitiva, la integración del control incidental de la resolución extranjera dentro del juicio de legalidad implica en realidad que el Registrador al calificar una resolución judicial extranjera está obligado, como ya se ha señalado, a hacer dos operaciones sucesivas: la primera, realizada a partir de la normativa comunitaria o a la interna en materia de cooperación jurídica internacional, servirá para verificar si la resolución extranjera puede desplegar efectos en España; la segunda, efectuada de acuerdo a la normativa registral y material interna española, permitirá determinar si, una vez verificado que la resolución es recognoscible en España, esta puede acceder al Registro[16].

Por tanto, el Registrador deberá verificar, en primer lugar, un control externo o formal sobre los requisitos de autenticidad de la resolución extranjera, y a continuación verificará que no concurre ninguno de los motivos de denegación del reconocimiento anteriormente examinados (o los impuestos en el respectivo Reglamento comunitario). Pero, además, los instrumentos europeos, en general, no desplazan las reglas nacionales sobre inscripción de resoluciones judiciales. En el caso del ordenamiento español la consecuencia es la entrada en juego, entre otras, de las reglas sobre inscripción de títulos judiciales (cfr. arts. 18 de la Ley Hipotecaria, 100 del Reglamento Hipotecario y 22.2 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria), lo que supone que el Registrador calificará en todo caso la congruencia del mandato con el procedimiento, los requisitos formales del documento y los obstáculos que surjan del Registro, así como su firmeza (cfr. art. 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Se ha discutido, sin embargo, que la calificación se pueda extender a la competencia internacional al no estar incluido este elemento entre los motivos de denegación y referirse el artículo 100 del Reglamento Hipotecario y 22.2 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria a la competencia interna y no a la internacional. A mi juicio, esta apreciación no se puede compartir sin reservas puesto que existen importantes argumentos que militan a favor de la tesis contraria, entre los que cabe señalar los siguientes:

a) los citados artículos 100 del Reglamento Hipotecario y 22.2 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria aluden a la «competencia» en general, sin limitarse a la interna. Afecta, pues, a la interna y a la internacional, a la territorial y a la funcional;
b) además, no se trata de un requisito de reconocimiento, sino de «ejecución impropia» por aplicación de los controles que se aplican a toda resolución judicial también en el tráfico interno;
c) el fundamento último del sistema de reconocimiento de la eficacia transfronteriza de las resoluciones judiciales es el de atribuir a las resoluciones

extranjeras comunitarias la misma confianza y valor que a las nacionales (la misma, no más);

d) finalmente, hay que recordar que, en concreto, en materia de derechos reales sobre bienes inmuebles situados en España existe un fuero exclusivo a favor de los Tribunales españoles (cfr. art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), criterio que comparte el Reglamento comunitario 44/2001 (art. 22) que sanciona igualmente la atribución de competencia exclusiva a favor de los Tribunales del país de situación de los inmuebles, criterio que ha confirmado recientemente el citado Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición) —artículo 24, núm. 1 y 3[17]—. Esta posición es también la de la Dirección General de los Registros y del Notariado que en Resolución de 23 de febrero de 2004 confirmó la denegación de la inscripción de un mandamiento judicial decretado por un tribunal alemán que ordenaba la constitución de una «hipoteca asegurativa» sobre un inmueble sito en España, por vulneración del foro exclusivo del artículo 22.1 del Reglamento 44/2001.

Finalmente, resulta necesario controlar que el derecho reconocido o declarado por la resolución judicial se adapta a alguno de los derechos reales conocidos por el Derecho español, que la certificación o testimonio de la resolución extranjera contiene todos los datos necesarios para la inscripción y que sean relativos a las fincas, a los derechos y a sus titulares, y el cumplimiento de los requisitos de orden fiscal u otros impuestos por razones de interés público por normas imperativas, como las relativas a la prevención del blanqueo de capitales.

Estos requerimientos resultarían de las exigencias del Derecho interno como garantía de que al Registro solo accedan títulos plenamente válidos, conforme a la finalidad institucional básica del mismo, como institución preordenada a dotar de seguridad jurídica al tráfico inmobiliario.

NOTAS:

[1] ESPLUGUES MOTA, C. e IGLESIAS BUHIGUES, J. L., en la obra *Derecho Internacional Privado,* 9.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, capítulo V sobre El caso especial (del confuso y complejo ámbito) de la jurisdicción voluntaria, p. 285. En términos similares se ha pronunciado MARTÍN MAZUELOS, F. J., Presidente de la Sección segunda (Civil) de la Audiencia Provincial de Huelva y miembro de la Red Judicial Española de Cooperación Judicial Internacional (REJUE), quien afirma: «Las tan esperadas Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria y Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, contienen una regulación del reconocimiento de resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria con defectuosa sistemática empleando términos variados, de manera que exigen un notable esfuerzo de interpretativo».

[2] Actualmente denominados Letrados de la Administración de Justicia, en virtud de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

[3] *Opus cit.,* p. 5.

[4] FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., en el capítulo Actos de jurisdicción voluntaria, de la obra *Derecho Internacional Privado* (J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo), 9.º edición, Cizur Menor, Civitas/Thomson-Reuters, 2016.

[5] *Opus cit.,* p. 6.

[6] *Opus cit.,*

[7] FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *opus cit.*

[8] Puede consultarse un amplio estudio sobre el artículo 22.2 de la LJV en DÍAZ FRAILE, J. M., Comentario al artículo 22.2 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria,* coordinado por Antonio Fernández de Buján, Civitas, 2016.

[9] MARTÍN MAZUELOS, *opus cit.,* p. 10.

[10] Igualmente entiende MARTÍN MAZUELOS que «para los demás efectos, esencialmente probatorios de la legalidad del nombramiento (o su extinción, números 1, 2 y 7 de nuestra relación), del acto de la partición o la adjudicación (1 y 3), del acuerdo de voluntades (4, 9 y 10) o la existencia del hecho (6 y 8), el artículo 323 de la LEC en cuanto se refiere a los requisitos exigibles en el país de origen —entre los que se incluye la competencia— y, cuando contengan declaraciones de voluntad, al efecto que determine la ley aplicable a la capacidad, objeto y forma de los negocios jurídicos, permite concluir que no es exigible una previa declaración judicial convalidatoria del acto sino que los derechos de los interesados quedan adecuadamente protegidos y, en definitiva, deben considerarse como documentos públicos no necesitados de reconocimiento».

[11] ESPLUGUES MOTA, C. e IGLESIAS BUHIGUES, J. L., en la obra *Derecho Internacional Privado,* 9.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, capítulo V sobre El caso especial (del confuso y complejo ámbito) de la jurisdicción voluntaria, pp. 281 y sigs.

[12] *Opus cit.,* p. 10.

[13] Conforme al artículo 521, apartados 1 y 2 «1. No se despachará ejecución de las sentencias meramente declarativas ni de las constitutivas./ 2. Mediante su certificación y, en su caso, el mandamiento judicial oportuno, las sentencias constitutivas firmes podrán permitir inscripciones y modificaciones en Registros públicos, sin necesidad de que se despache ejecución».

[14] GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., y HEREDIA CERVANTES, I.: Acceso al Registro de resoluciones judiciales extranjeras en el marco europeo, en Revista *La Ley Unión Europea,* núm. 6, julio de 2013.

[15] En este sentido, con relación al reconocimiento de resoluciones extranjeras en materia concursal, *vid.* Informe VIRGÓS, SCHMIT, núm. 182.

[16] En rigor, a estas dos etapas precede otra previa consistente en verificar que la resolución extranjera pueda ser subsumida en el ámbito de aplicación temporal, material y territorial del correspondiente instrumento comunitario, como condición lógicamente necesaria para acogerse a su régimen privilegiado de eficacia transfronteriza.

[17] Establece este precepto que «Son exclusivamente competentes, sin consideración del domicilio de las partes, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros: 1) en materia de derechos reales inmobiliarios y de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el inmueble se halle sito… 3) en materia de validez de las inscripciones en los registros públicos, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que se encuentre el Registro».

(Trabajo recibido el 28-12-2016 y aceptado para su publicación el 13-1-2017)

DICTÁMENES Y NOTAS

La ineficacia del delito de usurpación para el perjudicado: algunas ventajas del proceso civil

The ineffectiveness of the crime of usurpation for the injured: some advantages of civil procedure

por
SANTIAGO ARAGONÉS SEIJO
Juez

RESUMEN: El artículo 245.2 del Código Penal castiga con pena de multa la ocupación sin violencia de viviendas, inmuebles o edificios que no constituyan morada. Sin embargo, la acción civil acumulada a la penal no satisface, tanto normativa como procesalmente, el interés del perjudicado de recuperar con la mayor celeridad la posesión. Pese a contar con algunos inconvenientes, derivados de la tradicional carencia de medios de la justicia española, los procedimientos civiles repararán mejor los perjuicios sufridos por el titular o por quien posea con título la vivienda ocupada. Por otra parte, la elevación de la pena mínima del delito de usurpación evitaría su tramitación como delito leve y permitiría la adopción de medidas cautelares reales.

ABSTRACT: Article 245.2 of the Criminal Code punishable by fine the occupation of houses, real estate or buildings without violence whenever do not constitute abode. However, the civil action accumulated criminal does not satisfy the interest of the injured to recover as quickly the possession. Despite

some drawbacks, derived from traditional lack of means of Spanish justice, civil proceedings better repair the damage suffered by the holder or who has legal title to occupy the house. If the minimum penalty for the crime of usurpation is elevated, its passage would be avoided as minor offense. This would allow the adoption of real precautionary measures.

PALABRAS CLAVE: Usurpación. Perjudicado. Precario. Protección de los derechos reales inscritos. Desalojo.

KEY WORDS: Usurpation. Injured. Precarious. Protection of property rights registered. Eviction.

SUMARIO: I. EL DELITO DE USURPACIÓN DEL ARTÍCULO 245.2 DEL CÓDIGO PENAL.—II. LA USURPACIÓN COMO DELITO LEVE.—III. DIFICULTADES EN LA EJECUTORIA PENAL DE LA USURPACIÓN: 1. Requerimiento al penado. 2. Fecha de desalojo. 3. Ejecución material. 4. Prescripción de la pena.—IV. ALGUNAS VENTAJAS DE LOS PROCESOS CIVILES POSESORIOS: 1. Tutela sumaria de la posesión. 2. Desahucio por precario. 3. Procedimiento para la protección de los derechos reales inscritos. 4. Juicio declarativo. 5. Lanzamiento de los ignorados ocupantes.—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. NOTAS.

I. EL DELITO DE USURPACIÓN DEL ARTÍCULO 245.2 DEL CÓDIGO PENAL

Según el artículo 245.2 del Código Penal (en adelante, CP), que mantiene su redacción original, *«El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses»*. El apartado primero de dicho artículo, modificado por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, castiga con pena de prisión la ocupación con violencia o intimidación, como ya hacían los Códigos Penales de 1822 (art. 811), de 1848 (art. 429), de 1870 (art. 534), 1932 (art. 509), 1944 (art. 517) y 1973[1] (art. 517). Únicamente los Códigos Penales de 1848[2] (art. 430) y de 1928 (art. 709) tipificaron la ocupación pacífica, si bien el primero estableció una pena de multa y el segundo no solo una pena de prisión sino que consideraba un delito de sedición la comisión reiterada o simultánea de ocupaciones en un mismo término municipal[3]. Finalmente, el

vigente Código de 1995[4] ha vuelto a tipificar la ocupación pacífica, relegada hasta entonces al mero ilícito civil.

Estamos ante un delito patrimonial cuyo bien jurídico protegido es la propiedad inmobiliaria[5] o la posesión[6] que no constituya morada[7], pues si fuera morada se cometería un delito de allanamiento de morada del artículo 202 CP[8]. En un primer momento, el tipo se aplicó frente a colectivos que ocupaban inmuebles vacíos con claras motivaciones políticas, el denominado movimiento ocupa u *«okupa»*. Por el contrario, desde la última crisis económica e inmobiliaria que sufre nuestro país, la mayoría de delitos de usurpación los cometen personas sin recursos o que sufren exclusión social. Actualmente, en los juzgados del orden penal se da la circunstancia de que la mayoría de inmuebles ocupados pertenecen a entidades bancarias —que han adquirido el dominio, normalmente, en una ejecución hipotecaria— y el sujeto activo es un tercero que carece de vivienda propia y de recursos suficientes para subsistir.

Existe abundante jurisprudencia de las Audiencias Provinciales sobre este tipo penal y, por la restricción a la casación, el Tribunal Supremo solo ha conocido del mismo —más allá de alguna referencia— en una causa dirigida contra un Diputado autonómico. En dicho asunto recayó la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2014, según la cual —y por lo que aquí interesa— se dijo que *«Los delitos de usurpación, tipificados en el Capítulo V del Título XIII del Código Penal de 1995, constituyen una modalidad de delitos patrimoniales que tutelan específicamente los derechos reales sobre bienes inmuebles.*

En ellos el bien jurídico protegido es el patrimonio inmobiliario, y como delitos patrimoniales la lesión del bien jurídico requiere que se ocasione un perjuicio al titular del patrimonio afectado, que es el sujeto pasivo del delito.

La modalidad delictiva específica de ocupación pacífica de inmuebles, introducida en el Código Penal de 1995 en el número 2.º del artículo 245, requiere para su comisión los siguientes elementos:

a) La ocupación, sin violencia o intimidación, de un inmueble, vivienda o edificio que en ese momento no constituya morada de alguna persona, realizada con cierta vocación de permanencia.

b) Que esta perturbación posesoria puede ser calificada penalmente como ocupación, ya que la interpretación de la acción típica debe realizarse desde la perspectiva del bien jurídico protegido y del principio de proporcionalidad que informa el sistema penal (art. 49 3.º de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Desde ambas perspectivas la ocupación inmobiliaria tipificada penalmente es la que conlleva un riesgo relevante para la posesión del sujeto pasivo sobre el inmueble afectado, que es lo que dota de lesividad y significación típica a la conducta, por lo que las ocupaciones ocasionales o esporádicas, sin

vocación de permanencia o de escasa intensidad, son ajenas al ámbito de aplicación del tipo.

c) *Que el realizador de la ocupación carezca de título jurídico que legitime esa posesión, pues en el caso de que hubiera sido autorizado para ocupar el inmueble, aunque fuese temporalmente o en calidad de precarista, la acción no debe reputarse como delictiva, y el titular deberá acudir al ejercicio de las acciones civiles procedentes para recuperar su posesión.*

d) *Que conste la voluntad contraria a tolerar la ocupación por parte del titular del inmueble, bien antes de producirse, bien después, lo que especifica este artículo al contemplar el mantenimiento en el edificio «contra la voluntad de su titular», voluntad que deberá ser expresa.*

e) *Que concurra dolo en el autor, que abarca el conocimiento de la ajeneidad del inmueble y de la ausencia de autorización, unido a la voluntad de afectación del bien jurídico tutelado por el delito, es decir la efectiva perturbación de la posesión del titular de la finca ocupada»*[9].

Al tipificarse una conducta que, a su vez, constituye un ilícito civil que cuenta con la tutela interdictal a que se refieren los artículos 441 a 446 del Código Civil, el perjudicado puede optar por pretender la restitución de la posesión ante la jurisdicción civil o ante la jurisdicción penal[10]. Parece, como ya se ha dicho, que la protección penal inicial se basaba en la represión del denominado movimiento ocupa[11] pero en la actualidad —y sin exagerar— son las personas más desfavorecidas las que cometen asiduamente este delito[12]. Aunque se trata de un delito público que no requiere de denuncia previa la interposición de denuncia o querella por el titular del inmueble —o del poseedor con título[13]— resultará indispensable para la acreditación del despojo posesorio y enervar así la presunción de inocencia de los denunciados.

II. LA USURPACIÓN COMO DELITO LEVE

La usurpación sin violencia se investigó por los juzgados de instrucción, desde el año 1995 hasta el 6 de diciembre de 2015[14], a través de las diligencias previas del procedimiento abreviado, atendida su clasificación como delito menos grave. La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, reformó el artículo 33 CP, que calificaba como pena menos grave la multa de más de dos meses. Tras la reforma se considera delito leve la pena de multa de hasta tres meses. Al castigarse la usurpación en el artículo 245.2 CP con una pena de multa de tres a seis meses debe aplicarse la nueva redacción del último inciso del artículo 13.4 CP, según el cual *«cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve»*. Esto es, se ha degradado, quizás de forma no querida o prevista por el legislador[15],

el delito de menos grave a leve, con la consiguiente aplicación preceptiva del procedimiento para el juicio sobre delitos leves de los artículos 962 a 977 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim). Pese al principio de oportunidad que prevé el artículo 963.1 LECrim, la Fiscalía General del Estado lo ha vetado para el delito de usurpación, ordenando a los Fiscales a impulsar el procedimiento[16].

Una de las principales características que definen el juicio sobre delitos leves es la falta de una fase de instrucción[17] o investigación, cosa distinta serán algunos actos preparatorios como el reconocimiento médico forense o la peritación de los daños[18]. Al carecer de instrucción, tras la denuncia del propietario o del poseedor con título, se convoca a las partes al acto del juicio, en el que los denunciados por la usurpación requerirán de asistencia letrada preceptiva tras la reforma del artículo 967.1 LECrim por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre.

Pese a la aparente rapidez de esta clases de juicios, aunque rara vez se cumplan los cortos plazos para la celebración del juicio, la mecánica del delito de usurpación evidencia que el procedimiento abreviado era más idóneo para la represión de la ocupación. En las diligencias previas del procedimiento abreviado si el investigado no asiste al juzgado para declarar puede acordarse su detención (art. 487 LECrim), en cambio en el juicio sobre delitos leves no utilizarse la detención para la notificar al denunciado la fecha de celebración del juicio (art. 495 LECrim). El problema de las notificaciones personales[19] a los ocupantes identificados, que rara vez designarán Procurador[20], provocará sucesivas suspensiones del juicio, sobre todo cuando sean varios. Cosa distinta es que una vez citado el denunciado no asista al juicio[21], sin que quepa la subsanación de la falta de citación por la personación del denunciado en el recurso de apelación[22].

Antes de la tramitación del delito de usurpación como delito leve, era usual que el Juez de Instrucción dictara un Auto en el que acordaba el desalojo de los ocupantes, incluso con anterioridad a su declaración en calidad de imputados. Se basaba dicha medida cautelar en el artículo 13 de la LECrim[23] con la finalidad de proteger al perjudicado, evitando así que permaneciera la situación antijurídica, dejando a salvo los derechos de los ocupantes. Sin embargo, la celeridad y la dudosa necesidad de aplicar el artículo 13 en un juicio sobre delitos leves, impide que se siga acordando el desalojo inmediato de los presuntos ocupantes[24], pudiendo incluso afectar a la imparcialidad del Juez si dicta medidas cautelares y —posteriormente— celebra el acto del juicio (arts. 219.11.ª LOPJ y 54.12.º LECrim[25]). Lo aconsejable es señalar el juicio cuanto antes pero algunas peculiaridades propias de este ilícito lo impiden, ya sea por la citación de todos y cada uno de los ocupantes y por el nombramiento de Letrado de oficio para los denunciados. Otra demora habitual es la acumulación de un delito leve de defraudación del fluido eléctrico por haber accedido ilícitamente los ocupantes al suministro eléctrico de la comunidad de propietarios o de otro vecino del edificio.

Dadas las indudables pegas procesales que presenta actualmente la vía penal, sería aconsejable elevar la pena mínima del delito de tres a cuatro meses de multa —o, simplemente, de tres meses y un día— para que su tramitación vuelva a ser la de las diligencias previas del procedimiento abreviado. No solo eso, sino que debería investigarse y enjuiciarse la usurpación mediante el enjuiciamiento rápido de determinados delitos. La mayoría de ocupaciones son flagrantes pues algún vecino[26], o el propio propietario, interpone la denuncia horas después de la ocupación. Sin embargo, y pese a que el propietario acreditara su titularidad, rara vez la policía citaba a los ocupantes para la celebración de las diligencias urgentes, en cuyo seno debería acordarse el desalojo de los ocupantes como medida cautelar real. Junto a ello, el ocupante puede obtener la reducción de la pena en un tercio si presta su conformidad a la pena interesada por el Fiscal. Esto es, puestos a disposición del Juzgado de guardia —ya sean citados o incluso detenidos— se celebraría una comparecencia con las partes para decidir sobre el desalojo del inmueble. Una duda recurrente en el acto del juicio es si deben declarar en calidad de testigos los agentes que identificaron a los ocupantes, extremo que puede obviarse en las diligencias urgentes al disponerlo expresamente el artículo 796.1.4.ª LECrim[27].

El ya mencionado artículo 13 LECrim[28] resulta demasiado genérico para la adopción de medidas cautelares frente al ocupante y la expresa mención que hace del artículo 544 bis de la LECrim nada tiene que ver con el desalojo, al estar previsto únicamente para los delitos enumerados en el artículo 57 del Código Penal —entre los que no aparece la usurpación— y para prohibiciones de residencia y aproximación. Debería regularse en el artículo 544 bis LECrim el desalojo en los casos de usurpación cuando concurran los requisitos de urgencia y necesidad, pues estamos ante un delito permanente[29]. A diferencia del proceso civil, y aunque la adopción de medidas cautelares no requiera audiencia de los ocupantes, la incertidumbre sobre la situación y calidad posesoria de estos dificultará que se adopte la medida de desalojo sin que sean oídos.

Por los motivos anteriores, la tramitación como delito leve no permite la adopción de medidas cautelares porque se acordará, en su caso, el desalojo en la Sentencia como medida civil acumulada a la penal. Al carecer de fase de instrucción, carece de sentido anticipar los efectos propios de la condena, sin dejar de olvidar que los ocupantes no serían detenidos ni puestos a disposición del Juzgado de guardia.

Quizás podría valorarse la oportunidad de suprimir este delito, visto el fracaso de su prevención general, y reforzar la jurisdicción civil para agilizar el enjuiciamiento y la ejecución del lanzamiento de los ocupantes. Con el aumento de las ocupaciones se da el mismo fenómeno que con los accidentes de tráfico antes de haber sido destipificados como falta, el de utilizar la vía penal para conseguir el desalojo obviando los problemas que conlleva la identificación y localización de los ocupantes[30].

III. DIFICULTADES EN LA EJECUTORIA PENAL DE LA USURPACIÓN

1. Requerimiento al penado

Una vez firme la sentencia que condene al ocupante por un delito leve de usurpación su ejecución corresponderá al Juzgado de Instrucción que la dictó (art. 985 LECrim). Se incoará ejecutoria mediante Auto y se requerirá personalmente[31] al condenado para el pago de la multa y para que desaloje voluntariamente la vivienda o inmueble ocupado en el plazo que se fijó en la sentencia. Una vez más, cabe destacar la imposibilidad de que se requiera al condenado mediante requisitoria por tratarse de un delito leve, añadiéndose otra demora[32].

El artículo 989.1 LECrim permite la ejecución provisional de la responsabilidad civil, en la que se incluye la restitución (art. 110.1.º CP), con arreglo a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. La incertidumbre que se viene dando en la aplicación del delito de usurpación por parte de los Tribunales[33], suele paralizar la práctica del desalojo antes de que recaiga la sentencia de apelación de la Audiencia pues si el ocupante fuera absuelto el denunciante tendría que indemnizarle los daños y perjuicios o, incluso, restituirle en la posesión (art. 534 LEC).

2. Fecha de desalojo

En la sentencia no se fijará día y hora concretos para el desalojo del ocupante sino que se permite a este el abandono voluntario en un plazo —normalmente— no superior a los dos meses. Estamos ante un desalojo que practicará directamente la policía, no se trata de un lanzamiento en el que el gestor procesal esté auxiliado por la fuerza policial. Si fuera un lanzamiento podría fijarse en el Auto que incoa la ejecutoria penal la fecha de su práctica y la posibilidad de que el gestor levantase acta de los desperfectos en la vivienda, en virtud del artículo 703 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC). Tras la práctica del desalojo, el propietario, o persona facultada por este, deberá dotar a la vivienda de las medidas de seguridad pertinentes para evitar futuras y continuas ocupaciones del mismo, dado que no constituye morada pero puede comercializarse para que lo llegue a ser.

3. Ejecución material

El incumplimiento de la pena de multa por el condenado, conllevará la aplicación de la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 CP, liqui-

dándose la condena a razón de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas.

Por su parte, si el ocupante condenado no abandona voluntariamente la vivienda o inmueble será desalojado por la fuerza policial. El tiempo transcurrido desde el inicio del juicio sobre delitos leves hasta la firmeza de la Sentencia puede originar que el ocupante inicial ya no habite en la vivienda. Atendido el principio de autoría que rige el proceso penal no podrá desalojarse a aquellas personas que no hayan sido condenadas, obligando al perjudicado a acudir a la vía civil o iniciar un nuevo e incierto juicio sobre delitos leves. Como luego se dirá, el proceso civil permite dirigir la acción contra todos los ignorados ocupantes, evitando así demoras o paralizaciones en el desalojo de los ocupantes.

4. Prescripción de la pena

La pena por delito leve prescribe al año (art. 133.1 CP) desde la fecha de la sentencia firme (art. 134.1 CP) y solo se suspenderá el cómputo cuando fueran varias las penas a cumplir o la pena estuviera suspendida (art. 134.2 CP). Respecto a la responsabilidad civil, en la que se incluye la restitución de la cosa, prescribe a los cinco años (art. 1964 del Código Civil). Una vez prescrita la pena, el juzgado debe continuar con la ejecución civil, pese a que no la impulse el perjudicado (art. 990 LECrim)[34]. Sin embargo, si el perjudicado no impulsa el desalojo la ejecutoria corre el riesgo de quedar paralizada.

IV. ALGUNAS VENTAJAS DE LOS PROCESOS CIVILES POSESORIOS[35]

1. Tutela sumaria de la posesión

En la LEC anterior se regulaba, entre otros, el interdicto para recobrar la posesión (arts. 1651 a 1662 LEC de 1881) y actualmente es objeto de juicio verbal por razón de la materia, denominándose tutela sumaria de la posesión (art. 250.1.4.º LEC), en el que la demanda debe interponerse dentro del plazo de un año desde el despojo (art. 439.1 LEC) y la sentencia carece de efectos de cosa juzgada (art. 447.2 LEC).

En este juicio posesorio no están limitados los motivos de oposición por el ocupante demandado y la sentencia no evitará que, posteriormente, el ocupante pretenda que se le restituya la posesión, ya sea por entender que tiene título válido o por haber conseguido adquirir la propiedad por prescripción.

Corresponderá al demandante probar que tenía la posesión del inmueble[36] y que ha sido despojado por el demandado. En viviendas que no constituyen

morada quizás tenga problemas el titular para acreditar cumplidamente la posesión pues el objeto del juicio queda limitado a determinar si el actor posee, si el demandado ha ejecutado actos de despojo o perturbación de dicha posesión y si la acción se ejercitó oportunamente, con exclusión de toda discusión sobre el derecho a poseer, su existencia, y titularidad[37]. Por ello, para el propietario que tenga inscrito el dominio en el Registro de la Propiedad puede utilizar el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, con las ventajas que luego se verán.

Este proceso sumario requiere identificar al poseedor inmediato del inmueble y por ello se antoja difícil que pueda dirigirse la demanda contra los ignorados poseedores. Dicho obstáculo no tiene lugar, afortunadamente, en los dos procesos que a continuación se examinan. Por otra parte, será más frecuente que se ejerciten por el propietario las acciones de defensa de la propiedad más que de la mera posesión[38].

Dada la finalidad de este juicio, el de reponer inmediatamente en la posesión al demandante, cabe la ejecución provisional de la sentencia recaída en primera instancia[39].

2. Desahucio por precario

El artículo 250.1.2.º LEC regula el desahucio por precario por razón de la materia y legitima activamente al dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer la finca rústica o urbana. A diferencia de la regulación anterior, este proceso tiene efectos de cosa juzgada[40], evitándose así la posibilidad de que el ocupante interponga una demanda sobre el mismo asunto.

El precario existe no solo respecto del poseedor que no paga merced y que contaba —inicialmente— con la mera tolerancia del propietario, sino también de aquel que posee careciendo de cualquier título o, incluso, cuando posee con total desconocimiento del titular[41]. Al demandante le basta acreditar la propiedad[42], distinguiéndose de la tutela sumaria de la posesión, en el que lo esencial es la propiedad inmediata[43]. El demandado[44] solo podrá justificar su posesión si esgrime título válido[45], a diferencia de la mera detentación material del inmueble[46].

La Ley de Enjuiciamiento Civil anterior, en su artículo 1565.3, exigía dirigir un requerimiento previo al precarista con una antelación mínima de un mes a la interposición de la demanda[47], necesidad que ya no prevé la vigente LEC. Algún autor[48] y algunas Audiencias Provinciales[49] han considerado preciso el requerimiento previo también en el delito de usurpación. Pero cabe afirmar por nuestra parte, que la voluntad contraria a la ocupación se presume inequívocamente del hecho de que la vivienda, o el inmueble, estén cerrados o cercados[50] o por la presentación de la denuncia[51].

En cualquier procedimiento penal sobre delitos leves, debe existir un denunciado al que citar al acto del juicio. Si el ocupante no está identificado, ya sea por la policía o por el propio denunciante, el Juez instructor no tiene otra alternativa que acordar el sobreseimiento provisional por falta de autor conocido (art. 641.2.º LECrim). Por el contrario, en el procedimiento civil podrá demandarse a los ignorados ocupantes[52] de determinado inmueble o vivienda porque así identifica el actor a los demandados y el domicilio o residencia en que podrán ser emplazados (art. 399.1 y 155 LEC)[53]. El funcionario de auxilio judicial deberá entregar a cualquiera de los ocupantes que encuentre en la vivienda la cédula de emplazamiento para contestar a la demanda. Si no se encuentra a ningún ocupante, acabará publicándose mediante edicto el emplazamiento, y transcurrido el plazo para contestar a la demanda se declarará la rebeldía de la parte demandada y el demandante podrá interesar que se dicte sentencia sin necesidad de que se celebre la vista (art. 438 LEC). La última reforma procesal efectuada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, ha eliminado la contestación oral del demandado en el acto de la vista por lo que, declarada la rebeldía, será extraña la celebración de la vista.

La legitimación pasiva no puede pretenderse respecto de todos y cada uno de los ocupantes de la vivienda ocupada, pues si así fuera, bastaría que el día del juicio comparecieran otros ocupantes para que no pudiera prosperar la acción de desahucio por precario. Otra cosa bien distinta es que, junto a los ignorados ocupantes, pueda demandarse a los ocupantes identificados en el emplazamiento para contestar a la demanda. Supuesto habitual en esta clase de juicios es que alguno de los ocupantes interese el otorgamiento de asistencia jurídica gratuita, con la consiguiente suspensión del curso del proceso —y de la celebración de la vista— para no ocasionar indefensión al demandado.

En el propio procedimiento civil podrá valorarse la apariencia y credibilidad del contrato de arrendamiento que, eventualmente, aporte alguno de los ocupantes. En ocasiones, el ocupante ha adquirido la posesión de la vivienda tras firmar un contrato de arrendamiento con un tercero que nada tiene que ver con el inmueble. Varios indicios pueden dar lugar a calificar el contrato aportado como simulado[54]: la falta de pago de las rentas arrendaticias o de depósito de la fianza arrendaticia, no acreditar el alta y abono de los suministros básicos o no haberse empadronado el ocupante en la vivienda. Evidentemente, la decisión que recaiga en el desahucio por precario no impedirá que el ocupante pueda dirigirse contra quien le arrendó el inmueble[55]. Sin embargo, en la práctica judicial esto último rara vez se da porque el ocupante pudo entrar en la vivienda tras pagar un pequeña cantidad de dinero a cambio de obtener las llaves de quien, seguramente, habitualmente se dedica a forzar las puertas de viviendas que intuye que están vacías.

Al igual que en los juicios sobre tutela sumaria de la posesión, cabe la ejecución provisional de la sentencia dictada en primera instancia[56].

3. Procedimiento para la protección de los derechos reales inscritos

A partir de la reforma de la Ley Hipotecaria (en adelante, LH) en 1909, el titular de un derecho inscrito ha podido ejercitar la acción real registral para restablecer una situación posesoria perturbada por tercero, con carácter sumario y con motivos de oposición tasados. El vigente artículo 41 LH remite al juicio verbal por razón de la materia del artículo 250.1.7.º LEC. Podrá interponer la demanda el titular según el Registro[57] que acredite por certificación del propio Registro la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente. La acción se ejercitará contra las personas carentes de título inscrito, que se opongan al ejercicio del derecho, que perturben dicho ejercicio o que sean causantes de un despojo o de una perturbación. No se establece ningún plazo preclusivo para el ejercicio de la acción[58] pero esta prescribirá a los treinta años (art. 1963 del Código Civil), sin perjuicio de la usucapión.

El artículo 38 LH, que recoge el principio de legitimación registral, establece la presunción *iuris tantum* de posesión por el titular registral. Esto es, tendrán que ser quienes impugnen la situación del titular registral, considerando inexacto el Registro, los que soporten la necesidad de probarlo[59].

Para la defensa posesoria del propietario que tiene inscrito su derecho frente a los ocupantes, este procedimiento es el que presenta más ventajas. Junto a la posibilidad de dirigir la demanda contra los ignorados ocupantes[60], por idénticos motivos que en el desahucio por precario, destaca la necesidad de que el ocupante que pretenda oponerse a la demanda preste la caución[61] que se fije (art. 444.2 LEC). Los apartados que regulan las especialidades de esta acción (arts. 439.2, 440.2, 441.3 y 444.2 LEC) no han sido reformados por la ya citada Ley 42/2015 y parece que no se contemple la posibilidad de que se dicte sentencia sin celebrarse el juicio ya que el artículo 440.2 LEC sitúa en el acto de la vista el momento de fijar la caución tras oír al demandado. Sin embargo, tras la introducción de la contestación escrita en el juicio verbal puede entenderse que lo correcto será determinar la caución en el auto que se dicte tras la admisión de la demanda en el que el juez adoptará las medidas solicitadas por el demandante que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar en todo caso el cumplimiento de la sentencia que recayere (art. 441.3 LEC).

Aunque podría considerarse que esta acción guarda semejanza con los interdictos posesorios[62], aquí el demandante no funda su pretensión en su condición de poseedor —incluso puede no serlo[63] y aun no haberlo sido nunca— sino en la mera apariencia de la situación registral[64].

La oposición del demandado, tras prestar la caución, se limita a las siguientes (art. 444.2 LEC): 1.º Falsedad de la certificación del Registro u omisión en ella de derechos o condiciones inscritas, que desvirtúen la acción ejercitada; 2.º Poseer el demandado la finca o disfrutar el derecho discutido por contrato u otra

cualquier relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores o en virtud de prescripción, siempre que esta deba perjudicar al titular inscrito; 3.º Que la finca o el derecho se encuentren inscritos a favor del demandado y así lo justifique presentando certificación del Registro de la Propiedad acreditativa de la vigencia de la inscripción; y, 4.º No ser la finca inscrita la que efectivamente posea el demandado.

En la práctica judicial rara vez el ocupante abona la caución, por mínima que sea, y de la que no está exento aquel aunque tuviera reconocida la justicia gratuita[65]. Aun en caso de pagar la caución, la causa de oposición más habitual es la segunda[66], en la que el ocupante suele aportar un contrato de arrendamiento en el que figura como arrendador un total desconocido —la persona real o ficticia que le entregó las llaves y le permitió el acceso a la vivienda— o bien el titular registral anterior que ha perdido la propiedad tras una ejecución hipotecaria.

Si se estima la demanda, se instaurará o se restaurará a favor del demandante la situación posesoria correspondiente al contenido normal de su derecho. Además de entregársele la posesión al actor, deberán entregársele también los frutos producidos durante la pendencia del pleito. También tendrá que indemnizar el demandado los daños y perjuicios, tales como el deterioro de la vivienda o las rentas arrendaticias dejadas de percibir si estuviera arrendada.

A diferencia del desahucio por precario[67], y como en la tutela sumaria de la posesión, la sentencia que se dicte en este procedimiento carece de efectos de cosa juzgada (art. 447.3 LEC). Como en los juicios anteriores, también será posible la ejecución provisional de la sentencia de la primera instancia.

Tanto en este procedimiento, como en el anterior, quizás podrían incluirse, en lo previsto en la disposición adicional quinta de la LEC pero para el señalamiento inmediato del juicio lo que hace falta es dotar de más y mejores medios a la justicia, cosa difícil en los tiempos actuales de restricción presupuestaria.

4. Juicio declarativo

Por último, el perjudicado puede interponer una demanda de juicio ordinario contra el ocupante para pretender la recuperación de la posesión. El proceso será el ordinario con arreglo al valor del bien inmueble (art. 251.2.ª LEC) que seguramente superará los 6.000 euros, la cuantía máxima para el juicio verbal (art. 250.2 LEC). La utilización del juicio ordinario será inusual por la mayor demora en la contestación a la demanda —veinte días (art. 404.1 LEC)— y la necesidad de celebrar la audiencia previa antes del juicio, a diferencia del juicio verbal, en el que se dilucidan las excepciones procesales en el acto de la vista (art. 443.2 LEC).

5. Lanzamiento de los ignorados ocupantes

Cuando se ejecute la sentencia dictada en cualquiera de los juicios civiles, salvo en la tutela sumaria de la posesión, puede encontrarse algún ocupante en la vivienda que afirme que no tuvo conocimiento del procedimiento. Dado que se ha demandado a los ignorados ocupantes de determinado inmueble, no cabe aquí el incidente de terceros ocupantes del artículo 675 LEC —al que remite el artículo 704 LEC— ya que no se trata de un ejecutado distinto. En caso contrario, se daría el absurdo de que demandados los ignorados ocupantes, en la ejecución cualquier ocupante podría dilatar inútilmente el lanzamiento. Esta es otra clara ventaja del proceso civil frente a la acción civil acumulada a la penal, ya que en la ejecutoria penal si el ocupante no es el condenado no podría practicarse el desalojo por la fuerza policial.

V. CONCLUSIONES

I. El delito de usurpación sin violencia se castiga por el cauce del procedimiento para el juicio sobre delitos leves, en el que se cita directamente al ocupante al acto del juicio.

II. Al carecer el juicio sobre delitos leves de una fase de instrucción, no pueden adoptarse medidas cautelares, como el desalojo, antes de la celebración del juicio.

III. Debería elevarse la pena mínima del delito de usurpación no violenta de tres a cuatro meses de multa para que constituyera, otra vez, un delito menos grave en lugar de leve. Además, debería procurarse la tramitación por el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, y adoptarse en el juzgado de guardia la medida cautelar de desalojo de los ocupantes si la interesa el titular del inmueble.

IV. Los juicios de desahucio por precario y el de efectividad de los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad, permiten demandar a los ignorados ocupantes del inmueble pese a desconocer su identidad. Por el contrario, la identidad del ocupante resulta precisa para la celebración del juicio sobre delitos leves.

V. Los procesos civiles permiten el lanzamiento de los ignorados ocupantes, a diferencia de la responsabilidad civil acumulada a la penal, aunque con mayor demora que si se acordase el desalojo en el juzgado de instrucción de guardia.

VI. Si el titular de un inmueble no cuenta con cauces procesales ágiles, acudirá a terceras personas que, con métodos de dudosa legalidad, practicarán por sí mismos el desalojo de los ocupantes usurpadores.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Tribunal Constitucional

- STC 118/1984, de 5 de diciembre.
- STC 202/1987, de 17 de diciembre.
- STC 123/1991, de 3 de junio.
- STC 182/1991, de 30 de septiembre.
- STC 11/1992, de 27 de enero.
- STC 56/1994, de 24 de febrero.
- ATC 309/1994, de 14 de noviembre.
- STC 69/1995, de 9 de mayo.
- ATC 137/1996, de 28 de mayo.
- STC 135/1997, de 6 de agosto.
- STC 158/1997, de 2 de octubre.
- STC 228/1997, de 16 de diciembre.
- ATC 273/1999, de 18 de noviembre.
- STC 52/2001, de 26 de febrero.
- STC 10/2002, de 17 de enero.
- STC 91/2002, de 22 de abril.
- STC 134/2002, de 3 de junio.
- STC 94/2005, de 18 de abril.

Tribunal Supremo

- STS, Sala Primera, de 20 de octubre de 1949.
- STS, Sala Primera, de 19 de noviembre de 1949.
- STS, Sala Primera, de 4 de mayo de 1950.
- STS, Sala Primera, de 12 de junio de 1963.
- STS, Sala Primera, de 25 de junio de 1964.
- STS, Sala Primera, de 27 de noviembre de 1968.
- STS, Sala Segunda, de 16 de octubre de 1986.
- STS, Sala Primera, de 29 de junio de 1989.
- STS, Sala Segunda, de 27 de diciembre de 1989.
- STS, Sala Segunda, de 11 de junio de 1991.
- STS, Sala Segunda, de 8 de junio de 1992.
- STS, Sala Segunda, de 24 de octubre de 1992.
- STS, Sala Segunda, de 5 de junio de 1993.
- STS, Sala Segunda, de 16 de septiembre de 1993.
- STS, Sala Segunda, de 19 de septiembre de 1993.
- STS, Sala Segunda, de 9 de diciembre de 1993.

- STS, Sala Segunda, de 2 de marzo de 1994.
- STS, Sala Segunda, de 3 de mayo de 1994.
- STS, Sala Segunda, de 11 de noviembre de 1994.
- STS, Sala Primera, de 31 de enero de 1995.
- STS, Sala Segunda, de 19 de enero de 1995.
- STS, Sala Segunda, de 10 de febrero de 1995.
- STS, Sala Segunda, de 10 de marzo de 1995.
- STS, Sala Segunda, de 7 de abril de 1995.
- STS, Sala Segunda, de 6 de julio de 1995.
- STS, Sala Segunda, de 20 de noviembre de 1995.
- STS, Sala Segunda, de 1 de diciembre de 1995.
- STS, Sala Segunda, de 15 de abril de 1998.
- STS, Sala Segunda, de 15 de noviembre de 2004.
- STS, Sala Primera, de 30 de septiembre de 2005.
- STS, Sala Primera, de 16 de julio de 2010.
- STS, Sala Segunda, de 12 de noviembre de 2014.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP Cádiz, sección 8.ª, de 6 de octubre de 2000.
- SAP Málaga, sección 2.ª, de 9 de octubre de 2000.
- SAP Madrid, sección 5.ª, de 9 de octubre de 2000.
- SAP Las Palmas, sección 1.ª, de 13 de octubre de 2000.
- SAP Sevilla, sección 1.ª, de 6 de septiembre de 2001.
- SAP Jaén, sección 1.ª, de 20 de diciembre de 2001.
- SAP Barcelona, sección 5.ª, de 16 de enero de 2003.
- SAP Ciudad Real, de 21 de abril de 2003.
- SAP Madrid, sección 16.ª, de 11 de noviembre de 2003.
- SAP Barcelona, sección 5.ª, de 10 de septiembre de 2004.
- SAP Barcelona, sección 1.ª, de 20 de septiembre de 2004.
- SAP Álava, sección 1.ª, de 6 de febrero de 2006.
- SAP Guadalajara, sección 1.ª, de 11 de julio de 2006.
- AAP Barcelona, sección 13.ª, de 9 de octubre de 2007.
- AAP Barcelona, sección 13.ª, de 25 de abril de 2008.
- AAP Barcelona, sección 13.ª, de 23 de enero de 2009.
- SAP Barcelona, sección 4.ª, de 13 de febrero de 2009.
- SAP Las Palmas, sección 3.ª, de 13 de febrero de 2009.
- SAP Madrid, sección 16.ª, de 6 de marzo de 2009.
- SAP Baleares, sección 5.ª, de 5 de julio de 2010.
- SAP Málaga, sección 4.ª, de 18 de noviembre de 2010.
- SAP Almería, sección 1.ª, de 11 de marzo de 2011.

- SAP Madrid, sección 1.ª, de 17 de enero de 2013.
- SAP Madrid, sección 2.ª, de 23 de enero de 2012.
- SAP Madrid, sección 13.ª, de 9 de febrero de 2012.
- SAP Barcelona, sección 8.ª, de 21 de marzo de 2012.
- AAP Madrid, sección 20.ª, de 9 de octubre de 2012.
- AAP Madrid, sección 13.ª, de 27 de noviembre de 2012.
- SAP Sevilla, sección 7.ª, de 7 de marzo de 2013.
- SAP Sevilla, sección 7.ª, de 19 de marzo de 2013.
- SAP Asturias, sección 2.ª, de 14 de junio de 2013.
- SAP Madrid, sección 7.ª, de 15 de julio de 2013.
- SAP Zaragoza, sección 6.ª, de 24 de septiembre de 2013.
- SAP Valladolid, sección 2.ª, de 5 de diciembre de 2013.
- SAP Barcelona, sección 4.ª, de 28 de julio de 2014.
- SAP Barcelona, sección 1.ª, de 19 de septiembre de 2014.
- SAP Santa Cruz de Tenerife, sección 2.ª, de 25 de noviembre de 2014.
- SAP Barcelona, sección 4.ª, de 24 de febrero de 2015.
- SAP Baleares, sección 1.ª, de 1 de abril de 2015.
- SAP Zaragoza, sección 3.ª, de 17 de junio de 2015.
- SAP Madrid, sección 17.ª, de 17 de junio de 2015.
- SAP Islas Baleares, sección 3.ª, de 22 de julio de 2015.
- SAP Barcelona, sección 1.ª, de 15 de diciembre de 2015.
- SAP Barcelona, sección 19.ª, de 17 de marzo de 2016.
- SAP Barcelona, sección 13.ª, de 23 de junio de 2016.

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- RDGRN de 5 de julio de 2013.
- RDGRN de 8 de julio de 2013.
- RDGRN de 11 de octubre de 2013.
- RDGRN de 17 de mayo de 2016.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ARAGONÉS SEIJO, S. y HERMOSA FONTANALS, E. (2015). Los bancos fusionados como sucesores en la ejecución hipotecaria: la ejecución sobre bien hipotecado sin previa inscripción en el Registro de la Propiedad. *Diario La Ley*, núm. 8459, 15 de enero de 2015.

BAUCELLS I LLADÓS, J. (1997). *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995*. Tirant lo Blanch.

BAZA DE LA FUENTE, M. L. (1995). El delito de usurpación no violenta en los proyectos de Código Penal de 1992 y 1994. *Cuadernos de política criminal*, núm. 57, 895-913.

BLANCO LOZANO, C. (1996). El delito de usurpación en sus orígenes y en el Código Penal de 1995. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 6, 193-253.

BRAGE CENDÁN, S. (2002). El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles (una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal). *Consultor inmobiliario: Revista mensual de actualidad para profesionales*, núm. 27, 19-29.

COBO DEL ROSAL, M. (2014). La nueva concepción del delito de usurpación. *Lawyer-press*, edición digital.

DÍEZ PICAZO, L. (2008). *Fundamentos de Derecho civil patrimonial III: Las relaciones jurídico-reales, el Registro de la Propiedad y la posesión*, Civitas.

FERNÁNDEZ APARICIO, J. M. (1997). Comentario al artículo 245 párrafo 2.º. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 1997, 1316-1319.

FAIRÉN GUILLÉN, V. (2004). Los okupas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 34, 31-48.

FERNÁNDEZ PÁIZ, R. (2016). Procedimiento actual para el enjuiciamiento de los juicios de faltas y los nuevos delitos leves. Análisis de la reforma procesal contenida en la Ley Orgánica 1/2015 y Ley 41/2015. *Diario La Ley*, núm. 8687, 22 de enero de 2016.

GÓMEZ IBARGUREN, P. (2009). *El tratamiento del fenómeno «okupa» en el Derecho español*. Editorial Bosch.

GÓMEZ RECIO, F. (2015). Notificaciones y citaciones al imputado en el proceso penal. *Diario La Ley*, núm. 8454, 8 de enero de 2015.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2015). La inscripción de la cesión de créditos hipotecarios como legitimadora para iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 747, 415-433.

HERNÁNDEZ GARCÍA, J. (2006). La protección constitucional de la vivienda y su proyección penal: especial referencia a los fenómenos okupa y mobbing inmobiliario. En: M. Ledesma Ibáñez (dir.), *Derecho y vivienda*, Cuadernos de Derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, núm. 10, 2005.

IBARRA SÁNCHEZ, J. L. (2015). Práctica procesal y bien jurídico protegido del delito de usurpación inmobiliaria del artículo 245.2 del Código Penal, tras la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 5/2015.

MAGRANÉ OBRADÓ, M. (2012). Pasos a seguir para el desalojo de ¿OKUPAS? *Inmueble: Revista del sector inmobiliario*, núm. 126, 40-51.

MAGRO SERVET, V. (2011). Ocupación ilegal de inmuebles: ¿delito del artículo 245.2 CP o precario? *La Ley penal*, núm. 85, septiembre de 2011.

— (2014). Soluciones ante la presencia de okupas, pisos patera y defraudación de fluido eléctrico en las comunidades de vecinos ¿Cómo actuar ante alquileres irregulares u ocupación de viviendas y los enganches ilegales de luz a vecinos? *Diario La Ley*, núm. 8225, 9 de enero de 2014.

MAINAR ENER, J. (2003). La ocupación ilegal de viviendas de propiedad municipal: Estudio del artículo 245.2.º del Código Penal. *El consultor de los Ayuntamientos*, núm. 17, quincena del 15 al 29 de septiembre de 2003, 2898-2909.

MANGAS CAMPOS, A. (2015). La interpretación del artículo 245.2 del Código Penal y el activismo judicial. *Diario La Ley*, núm. 8672, 28 de diciembre de 2015.

MANRESA NAVARRO, J. M. (1853). Procedimientos criminales: Sobre el procedimiento criminal en los casos de despojo, o sea en el delito de usurpación de una cosa inmueble o de un derecho real de ajena pertenencia. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Vol. 1, núm. 1, 302-309.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L. (1997). La llamada usurpación pacífica. Artículo 245.2 del Código penal. *Revista Actualidad Penal*, núm. 40-3, 901-915.

MARTÍ MARTÍ, J. (2010). Proceso de desahucio frente a los colectivos «ocupas». *Diario La Ley*, núm. 7442, 9 de julio de 2010.

— (2011). Los colectivos «ocupas» y la respuesta del derecho penal. *Diario La Ley*, núm. 7556, 27 de enero de 2011.

— (2013). La protección del derecho penal frente a la ocupación de los bienes inmuebles por colectivos «ocupas». *Diario La Ley*, núm. 7999, 11 de enero de 2013.

MUÑOZ MARÍN, A. (2009). Delito de usurpación. Ocupas. *CEFLegal: revista práctica de derecho, comentarios y casos prácticos*, núm. 98, 169.

NOGUEIRA GANDESEGUI, S. (1985). *El delito de usurpación*. Universidad de Santiago, Facultad de Derecho.

PINTÓ RUIZ, J. J. (2007). El fenómeno «Okupa»: defensa del perjudicado. ¿Qué vías procesales tiene el poseedor legítimo para proteger su derecho? *Economist & Jurist*. Vol. 15, núm. 108, 28-34.

PRIETO CASTRO, L. (1945). Interdictos de retener y recobrar. *Revista de Derecho procesal*.

QUERALT JIMÉNEZ, J. J. (2008). *Derecho penal español. Parte especial*. Atelier.

ROCA SASTRE, R. M. (1954). *Derecho hipotecario*, editorial Bosch, tomo I.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R. y VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, J. M. (2012). Identificación de tipos penales afectantes a inmuebles: el problema actual de los «okupas». En: *Práctica penal: cuaderno jurídico*, Editorial jurídica Sepin, mayo de 2012, 16-30.

ROMERO-REQUEJO, C. M. (2014), Okupas: claves del desalojo por vía penal. *Inmueble: Revista del sector inmobiliario*, núm. 138, 2014, 44-51.

RUIZ BLAY, G. (2014). La ineficacia práctica del artículo 245 del Código Penal para obtener el desalojo de un inmueble usurpado. *Diario La Ley*, núm. 8429, 26 de noviembre de 2014.

RUIZ SÁNCHEZ, J. L. (1969). Problemática de la caución en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 472, 605-670.

SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J. R. (2004). La usurpación (Título XIII, Capítulo V). En: J. Tasende Calvo (coord.), *Delitos contra el patrimonio: Delitos de apoderamiento*, Cuadernos de derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, núm. 13-2004.

TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M. (2003). Incidencia de la reforma operada por la Ley 38/2002. En: C. Conde-Pumpido Tourón y J. Garberí Llobregat (coord.), *Los juicios rápidos, el procedimiento abreviado y el juicio de faltas*, Editorial Bosch.

VÁZQUEZ PÉREZ, A. (2015). El delito de usurpación: actuación policial ante una ocupación inminente, *Revista del Instituto de Estudios de Policía*, núm. 131, 31-49.

VELASCO NÚÑEZ, E. y RUZ GUTIÉRREZ, P. (2011). *El juicio de faltas: aspectos penales y procesales*. Editorial Comares.

VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, C. (1955). Legitimación activa y pasiva en los interdictos. *Anuario de Derecho Civil*, fascículo III, 791-819.

NOTAS

[1] En el anteproyecto de Código Penal de 1981 se quiso introducir la usurpación sin violencia, delito que hasta entonces se castigaba como coacciones, según NOGUEIRA GANDESEGUI, S. (1985). *El delito de usurpación*. Universidad de Santiago, Facultad de Derecho, p. 14. Sobre los anteproyectos de Código Penal de 1992 y 1993 véase BAZA DE LA FUENTE, M. L. (1995). El delito de usurpación no violenta en los proyectos de Código Penal de 1992 y 1994. *Cuadernos de política criminal*, núm. 57, pp. 895-913. También examina los antecedentes legislativos BLANCO LOZANO, C. (1996). El delito de usurpación en sus orígenes y en el Código Penal de 1995. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 6, pp. 193-254.

[2] MANRESA NAVARRO, J. M. (1853). Procedimientos criminales: Sobre el procedimiento criminal en los casos de despojo, o sea en el delito de usurpación de una cosa inmueble o de un derecho real de ajena pertenencia. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 1, núm. 1, pp. 302-309.

[3] Para mayor conocimiento de la historia de este delito, véase BLANCO LOZANO, C. (1996). El delito de usurpación en sus orígenes y en el Código Penal de 1995. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 6, pp. 193-253; y MANZANARES SAMANIEGO, J. L. (1997). La llamada usurpación pacífica. Artículo 245.2 del Código penal. *Revista Actualidad Penal*, núm. 40-3, pp. 901-915.

[4] Monografías sobre este delito: GÓMEZ IBARGUREN, P. (2009). *El tratamiento del fenómeno «okupa» en el derecho español*. Editorial Bosch y BAUCELLS I LLADÓS, J. (1997). *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995*. Tirant lo Blanch.

[5] SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J. R. (2004). La usurpación (Título XIII, Capítulo V). En: J. Tasende Calvo (coord.), *Delitos contra el patrimonio: Delitos de apoderamiento*, Cuadernos de derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, número 13-2004, p. 2 y Sentencia de la Audiencia Provincia de Álava, sección 1.ª, de 6 de febrero de 2006. Por el contrario, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 5.ª, de 16 de enero de 2003 y de 10 de septiembre de 2004 y de Madrid, sección 16.ª, de 11 de noviembre de 2003, consideraron que la protección penal atribuida por el delito de usurpación no violenta y sin intimidación no es la propiedad inmobiliaria, ni tampoco el derecho a la posesión, sino la posesión material e inmediata del bien que determina un uso directo de la cosa, gozando de ella en base a los artículos 431 y 432 del Código Civil, ya que la posesión que no se goza efectivamente ya está protegida en el ordenamiento.

[6] COBO DEL ROSAL, M. (2014). La nueva concepción del delito de usurpación. *Lawyerpress*, edición digital, p. 3. También entiende que la posesión es el bien jurídico protegido numerosa jurisprudencia menor: Sentencias de las Audiencias Provinciales de Valladolid, sección 2.ª, de 5 de diciembre de 2013; Zaragoza, sección 6.ª, de 24 de septiembre de 2013; Asturias, sección 2.ª, de 14 de junio de 2013; Almería, sección 1.ª, de 11 de marzo de 2011; Madrid, sección 16.ª, de 6 de marzo de 2009; Guadalajara, sección 1.ª, de 11 de julio de 2006; Ciudad Real, de 21 de abril de 2003; Sevilla, sección 1.ª, de 6 de septiembre del 2001; Cádiz, sección 8.ª, de 6 de octubre del 2000; Las Palmas, sección 1.ª, de 13 de octubre de 2000; Madrid, sección 5.ª, de 9 de octubre de 2000.

[7] Según la STS de 16 de octubre de 1986 hay que entender por morada *«no solo la casa donde una o más personas viven habitualmente, que es lo que constituye domicilio legal de las mismas, sino que tiene esta consideración el lugar o estancia reservada a esa persona, aunque sea accidentalmente, para la residencia, descanso y satisfacción de las condiciones de la vida doméstica»* y el Tribunal Constitucional, en Sentencia 10/2002, de 17 de enero, considera morada *«un ámbito espacial apto para un destino específico, el desarrollo de la vida privada»*. La Sala Segunda del Tribunal Supremo ha negado el concepto de domicilio a los establecimientos públicos en general (SSTS de 5 de junio de 1993 y de 2 de marzo de 1994), locales comerciales (STS de 19 de septiembre de 1993), de esparcimiento (SSTS de 27 de diciembre de 1989, 11 de junio de 1991, 24 de octubre

de 1992, 16 de septiembre de 1993, 3 de mayo de 1994 y de 10 de febrero de 1995), bares (STS de 8 de junio de 1992, 10 de marzo de 1995), restaurantes (STS de 9 de diciembre de 1993 y de 20 de noviembre de 1995), pubs (STS de 15 de abril de 1998), librerías (STS de 7 de abril de 1995), nave industrial (STS de 1 de diciembre de 1995), lugares de trabajo (STS de 6 de julio de 1995), garajes comunitarios (STS de 11 de noviembre de 1994), solares (STS de 19 de enero de 1995). En la STC 228/1997, de 16 de diciembre, se reiteró que los almacenes, locales comerciales y fábricas no se hallan protegidos por el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

[8] No obstante, no cualquier quebranto de la posesión es punible, excluyéndose la aplicación del tipo por la jurisprudencia en: 1.º) las ocupaciones transitorias u ocasionales, sin ánimo de ejercer derechos posesorios, como pueden ser las meras entradas para dormir (SAP Málaga, sección 2.ª, de 9 de octubre de 2000 y SAP Barcelona, sección 8.ª, de 21 de marzo de 2012); 2.º) Las ocupaciones que recaigan sobre inmuebles no susceptibles de establecer aquella relación reconocible, como ocurre respecto a los edificios abandonados y en estado de absoluta inhabitabilidad o ruina total (SAP Baleares, sección 1.ª, de 1 de abril de 2015 y SAP Zaragoza, sección 3.ª, de 17 de junio de 2015); 3.º) Casos en que la posesión se concede por el titular del bien, ya sea como consecuencia de un contrato ya sea por la concesión de un verdadero y propio precario, o en aquellos otros en que por efecto también de un contrato el que está poseyendo adquiere la obligación de entregar la posesión a la contraparte contractual (SAP Santa Cruz de Tenerife, sección 2.ª, de 25 de noviembre de 2014; y SAP Madrid, sección 17.ª, de 17 de junio de 2015).

[9] Una enumeración similar sobre el tipo puede encontrarse en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 7.ª, de 15 de julio de 2013.

[10] MANGAS CAMPOS, A. (2015). La interpretación del artículo 245.2 del Código Penal y el activismo judicial. *Diario La Ley*, núm. 8672, 28 de diciembre de 2015, p. 6, destaca que *«es incuestionable que el Derecho civil no puede abarcar la íntegra defensa de la propiedad o de la posesión dejando despojado de contenido al Derecho penal, puesto que si el Legislador ha previsto tales herramientas ha sido precisamente para actuar contra vulneraciones cuya resolución privada no es suficiente para garantizar el bien jurídico protegido»*.

[11] Afirmó la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 15 de noviembre de 2004 que *«Este tipo de delito, introducido en nuestra legislación por el CP 95 a fin de sancionar las conductas de los llamados "ocupas"»*. También en la Sentencia de la sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla de 19 de marzo de 2013 se destacó que *«el origen del precepto lo encontramos en el Código Penal de 1995, al entender el legislador, con la oposición de ciertos grupos políticos, que era necesario regular una conducta que venía extendiéndose bajo la denominación de okupas y con objeto de dotar de una mayor protección, —no solo civil a través de las acciones interdictales, sino también penal—, al derecho de propiedad e incluso de posesión de bienes inmuebles»*.

[12] En la memoria de la Fiscalía General del Estado de 2014 se destacó que *«Se sigue detectando que muchas conductas se dirigen contra el parque acumulado de viviendas de algunas entidades financieras, que permanecen sin ocupar, sin detectarse que respondan a actuaciones grupales u organizadas, sino que se trata de familias que desalojan la vivienda tan pronto como se realiza el requerimiento judicial»*. Advierte idéntica tendencia MAGRO SERVET, V. (2014). Soluciones ante la presencia de okupas, pisos patera y defraudación de fluido eléctrico en las comunidades de vecinos ¿Cómo actuar ante alquileres irregulares u ocupación de viviendas y los enganches ilegales de luz a vecinos? *Diario La Ley*, núm. 8225, 9 de enero de 2014.

[13] MAGRO SERVET, V. (2014). *Ob. cit*, p. 6, considera que también la comunidad de propietarios está legitimada para presentar la denuncia si aporta la comunicación al propietario de los hechos que están ocurriendo en su vivienda.

[14] Fecha de entrada en vigor de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

[15] Según FERNÁNDEZ PÁIZ, R. (2016). Procedimiento actual para el enjuiciamiento de los juicios de faltas y los nuevos delitos leves. Análisis de la reforma procesal contenida en la Ley Orgánica 1/2015 y Ley 41/2015. *Diario La Ley*, núm. 8687, 22 de enero de 2016, el legislador no tenía intención, al reformar el artículo 13.3 del Código Penal, de degradar a leve delitos que antes se castigaban con penas más severas. Idéntica consideración hizo la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2015 de la FGE sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015.

[16] Circular 1/2015 de la FGE, *ob. cit*., punto 6.2.2-b): *«Del mismo modo, se interesará siempre la prosecución de la causa y la celebración de juicio cuando se trate de un delito de ocupación de un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o de mantenerse en los mismos sin autorización, del artículo 245.2 CP por tratarse igualmente de hechos que se configuraban como delito menos grave hasta la reforma penal»*.

[17] STC 182/1991, de 30 de septiembre: *«no hay en este juicio, a diferencia del proceso por delitos, una fase de instrucción o sumario ni una fase intermedia, de manera que, una vez iniciado el proceso, se pasa de inmediato al juicio oral, que es donde se formulan las pretensiones y se practican las pruebas»*. Reiteran dicha afirmación las SSTC 11/1992, de 27 de enero y 56/1994, de 24 de febrero, STC 52/2001, de 26 de febrero y ATC 273/1999, de 18 de noviembre.

[18] Son diligencias para preparar el acto del juicio de faltas las periciales médicas y de daños (ATC 137/1996, de 28 de mayo).

[19] La citación edictal es subsidiaria y solo procede tras la búsqueda infructuosa del que ha de ser citado (STC 118/1984, de 5 de diciembre).

[20] Aún cuando el condenado designe Procurador —algo casi insólito en delitos leves de usurpación— tanto el artículo 160 LECrim y la STC 91/2002, de 22 de abril exigen la notificación personal de la sentencia a todas las partes. No obstante, debemos compartir la afirmación de GÓMEZ RECIO, F. (2015). Notificaciones y citaciones al imputado en el proceso penal. *Diario La Ley*, núm. 8454, 8 de enero de 2015, p. 11, según el cual *«A nuestro juicio, resulta lógico que ante un supuesto de imposibilidad de localización del acusado baste con la notificación de la sentencia a la representación procesal que, no olvidemos, se encuentra plenamente habilitada para formular recurso. De otra forma, le bastaría al aún acusado con situarse en paradero desconocido para impedir la firmeza de la sentencia y con ello la ejecución de la pena, ocasionando que el plazo de prescripción continuara siendo el mucho más breve del delito cometido y no el de la pena impuesta en sentencia y obligando al Juez o Tribunal a ordenar su detención para notificación de la sentencia y concesión de plazo para recurrir, en lugar de su busca y captura para, en su caso, la ejecución de la pena»*.

[21] STC 134/2002, de 3 de junio*: «Este Tribunal ha venido reiterando que es una garantía contenida en el artículo 24.1 CE la necesidad de que los actos de comunicación de los órganos judiciales con las partes se realicen de forma correcta y con la diligencia debida. Exigencia que se ve reforzada en los procedimientos penales por la naturaleza de los derechos fundamentales que en ellos se ventilan (por todas, STC 135/1997, de 6 de agosto, FJ 4). El correcto emplazamiento de las partes para la celebración de una vista oral en un juicio de faltas exige un especial cuidado en el órgano judicial, al depender de ello la presencia en un acto en el que, concentradamente, se articula la acusación, se proponen y practican pruebas y se realizan los alegatos en defensa de los intereses de las partes. El legal y correcto emplazamiento al denunciado, además, se ve especialmente exigido por la posibilidad de que, conforme al artículo 971 LECrim, se produzca la celebración y resolución del juicio de faltas en su ausencia cuando conste habérsele citado con las formalidades prescritas en la ley (STC 123/1991, de 3 de junio, FJ 4)»*.

[22] STC 134/2002, de 3 de junio: *«la actual regulación del recurso de apelación en el procedimiento de faltas solo en muy limitada medida posibilita remediar los derechos lesionados por la incomparecencia involuntaria del denunciado en la primera instancia. Todo ello propicia que la condena en ausencia de un denunciado en la primera instancia, por una incomparecencia no imputable a su voluntad o actuar negligente, suponga una indefensión*

dado el complejo de garantías constitucionales del proceso de cuyo ejercicio se ve privado y que no son enteramente remediables en la apelación, a través de las posibilidades de discusión sobre el fondo y práctica de pruebas».

[23] BRAGE CENDÁN, S. (2002). El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles (una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal*). Consultor inmobiliario: Revista mensual de actualidad para profesionales*, núm. 27, pp. 19-29; MAGRANÉ OBRADÓ, M. (2012). Pasos a seguir para el desalojo de ¿OKUPAS? *Inmueble: Revista del sector inmobiliario*, núm. 126, pp. 40-51; MUÑOZ MARÍN, A. (2009). Delito de usurpación. Ocupas. *CEFLegal: Revista práctica de derecho*, comentarios y casos prácticos, núm. 98, p. 169 y ROMERO-REQUEJO, C. M. (2014), Okupas: claves del desalojo por vía penal. *Inmueble: Revista del sector inmobiliario*, núm. 138, 2014, pp. 44-51; VÁZQUEZ PÉREZ, A. (2015). El delito de usurpación: actuación policial ante una ocupación inminente, *Revista del Instituto de Estudios de Policía*, núm. 131, pp. 31-49.

[24] Respecto al juicio de faltas, pero aplicable ahora al juicio sobre delitos leves, dijeron VELASCO NÚÑEZ, E. y RUZ GUTIÉRREZ, P. (2011). *El juicio de faltas: aspectos penales y procesales*. Editorial Comares, p. 135: *«La configuración del juicio de faltas como un procedimiento breve, sencillo y tendente a una inmediata convocatoria de la vista oral, teóricamente, le hace poco proclive a la adopción en su seno de medidas cautelares civiles o de carácter real, pues las responsabilidades de esta clase derivadas de la falta quedan perfectamente aseguradas en los pronunciamientos finales con la sentencia».*

[25] Artículo 54 LECrim: *«son causas legítimas de recusación (…) 12.º Haber sido instructor de la causa».*

[26] MAGRO SERVET, V. (2011). Ocupación ilegal de inmuebles: ¿delito del artículo 245.2 CP o precario? *La Ley penal*, núm. 85, septiembre de 2011, p. 6, describe una situación habitual, en la que el propietario de la vivienda se desentiende de la vivienda y son los vecinos los que sufren actividades insalubres o molestas ejecutadas por los ocupantes.

[27] Establece el último inciso del artículo que *«No será necesaria la citación de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que hubieren intervenido en el atestado cuando su declaración conste en el mismo».*

[28] Dice dicho artículo, tras la redacción dada por Ley 27/2003, de 31 de julio, que *«Se consideran como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de esta ley».*

[29] MAGRO SERVET, V. (2011). *Ob. cit*., p. 2 distingue entre legitimación para interponer la denuncia y la requerida para que se adopte la medida de desalojo: *«aunque la denuncia de la ocupación ilegal la puede hacer cualquier persona, bien la comunidad de vecinos, el administrador de fincas, o un vecino, es preceptivo que el Juez de Guardia tome declaración al titular del inmueble, al objeto de que declare sobre los hechos y manifieste si la ocupación es con su consentimiento o no. Por ello, una cosa es que el hecho sea perseguible de oficio y otra la legitimación de la que carecen denunciantes ajenos, y el titular debe declarar sobre el hecho».*

[30] En este sentido, compartimos los acertados argumentos de TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M. (2003). Incidencia de la reforma operada por la Ley 38/2002. En: C. Conde-Pumpido Tourón y J. Garberí Llobregat (coord.), *Los juicios rápidos, el procedimiento abreviado y el juicio de faltas,* Editorial Bosch, p. 1186: *«Se debería reflexionar de una vez por todas si es útil mantener la acumulación de la acción penal y la civil, pues es esta la que anima en determinadas faltas a iniciar por los legitimados el proceso penal para obtener en él un resarcimiento que se piensa va a ser más rápido, fácil y económico que acudiendo al correspondiente proceso civil, de modo que se usa el juicio de faltas, forzando la calificación penal de los hechos, para obtener un resarcimiento. En estos casos, se asiste a una*

auténtica perversión del sistema, pues la acción accesoria (la civil) se convierte realmente en la principal, siendo en la que más esfuerzo despliegan tanto las partes como el propio Tribunal, con resultados a veces notoriamente injustos, aunque estén animados del mejor de los propósitos».

[31] La STC 94/2005, de 18 de abril, ha declarado inidónea en el juicio de faltas la citación telefónica, aun cuando se documente mediante diligencia de constancia por el Letrado de la Administración de Justicia. Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 1.ª, de 17 de enero de 2013 considera que no es una práctica aceptable dejar un aviso en el domicilio designado por el acusado para que este recoja la citación en el servicio común procesal de actos de comunicación.

[32] MAGRO SERVET, V. (2011). *Ob. cit*., p. 5, destaca que *«El problema es que, en estos casos, por razones obvias, la designación de domicilio en el que llevar a cabo las notificaciones se torna en dificultosa si estamos hablando de personas sin residencia que cometen este tipo de delitos para tener un lugar donde residir».*

[33] Al respecto resulta interesante el artículo de MANGAS CAMPOS, A. (2015). La interpretación del artículo 245.2 del Código Penal y el activismo judicial. *Diario La Ley*, núm. 8672, 28 de diciembre de 2015.

[34] Con arreglo a su párrafo sexto *«Corresponde al Secretario judicial* —denominado ahora Letrado de la Administración de Justicia— *impulsar el proceso de ejecución de la sentencia dictando al efecto las diligencias necesarias, sin perjuicio de la competencia del Juez o Tribunal para hacer cumplir la pena».*

[35] Examinan la problemática FAIRÉN GUILLÉN, V. (2004). Los okupas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 34, pp. 31-48 y PINTÓ RUIZ, J. J. (2007). El fenómeno «Okupa»: defensa del perjudicado. ¿Qué vías procesales tiene el poseedor legítimo para proteger su derecho? *Economist & Jurist*. Vol. 15, núm. 108, pp. 28-34.

[36] Actualmente muchas entidades bancarias han adquirido la propiedad del inmueble en una ejecución hipotecaria y resulta frecuente que existan ocupantes que tenían contrato de arrendamiento —no inscrito en el Registro de la Propiedad— con el anterior propietario. En relación con la LEC de 1881 VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, C. (1955). Legitimación activa y pasiva en los interdictos. *Anuario de Derecho Civil*, fascículo III, p. 818, consideró que incluso el mero detentador del bien ostenta legitimación activa en el interdicto para recobrar la posesión.

[37] STS, Sala Primera, de 30 de septiembre de 2005.

[38] PRIETO CASTRO, L. (1945). Interdictos de retener y recobrar. *Revista de Derecho procesal*, p. 191.

[39] Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 13.ª, de 25 de abril de 2008: *«la sentencia de la que se solicita su ejecución provisional no es una sentencia meramente declarativa, sino que es una sentencia claramente de condena al cumplimiento de una obligación de hacer, aún cuando haya sido dictada en un proceso sumario, perfectamente ejecutable provisionalmente (…) resulta un absurdo jurídico que el vencedor en el pleito para la tutela sumaria de la posesión, no pueda obtener esa tutela sumaria hasta después de haber vencido en un proceso declarativo ordinario posterior, lo cual convierte en completamente inútil el proceso interdictal».*

[40] Destaca el apartado XII de la Exposición de Motivos de la vigente LEC que *«La experiencia de ineficacia, inseguridad jurídica y vicisitudes procesales excesivas aconseja, en cambio, no configurar como sumarios los procesos en que se aduzca, como fundamento de la pretensión de desahucio, una situación de precariedad: parece muy preferible que el proceso se desenvuelva con apertura a plenas alegaciones y prueba y finalice con plena efectividad».*

[41] La jurisprudencia tradicional de la Sala Primera incluía en el desahucio por precario al poseedor que nunca ha tenido título (SSTS de 25 de junio de 1964, de 27 de noviembre de 1968, y de 31 de enero de 1995). La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 4.ª, de 18 de noviembre de 2010 enumera la jurisprudencia contradictoria existente

entre las Audiencias Provinciales. Por nuestra parte se acoge el sentido amplio, como —entre otras— en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 4.ª, de 13 de febrero de 2009, dado que carece de sentido reducir el precario a los supuestos en que existió un consentimiento inicial por el titular. Acertadamente se dijo en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 13.ª, de 23 de junio de 2016 *«Es criterio de esta Sala el de la adopción del concepto amplio de precario, entendido como cualquier posesión "sin" título, lo cual comprende la posesión "sin" la voluntad y "contra" la voluntad del poseedor real, por lo que nada se opone a seguir un juicio de precario contra los simples ocupantes»*.

[42] Propiedad que puede acreditarse con la escritura de compraventa *«sin que tenga que aportarse ni exigirse, ninguna inscripción del Registro de la Propiedad»*, tal y como destaca la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 4.ª, 24 de febrero de 2015.

[43] Entre otras la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, sección 5.ª, de 5 de julio de 2010 dijo que *«La prosperidad de la acción de desahucio por precario, requiere, por tanto, la concurrencia de los siguientes requisitos: 1.º) la posesión real de la finca por el demandante o demandantes a título de dueño o cualquier otro derecho real que le permita su disfrute, y 2.º) la posesión material carente de título y sin pago de merced por el demandado»*.

[44] En caso de que se demande a los ignorados ocupantes, cualquiera de ellos puede comparecer en el procedimiento con Abogado y Procurador, sin que puedan limitarse a interesar la designación de dichos profesionales cuando les plazca: véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 4.ª, 28 de julio de 2014.

[45] Recuerda la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, sección 3.ª, de 22 de julio de 2015 que en este procedimiento no se aplica la legislación de protección del deudor hipotecario (actualmente la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social).

[46] Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 3.ª, de 13 de febrero de 2009: *«El juicio especial se limita, como antes, a dilucidar sobre la posesión como hecho, reconociéndola en el demandado, o afirmando por el contrario la inexistencia de título de poseer que valide la ocupación del inmueble frente al actor, en cuyo caso ha de ser estimado el desahucio»*.

[47] El Tribunal Supremo, consciente de que la LEC de 1881 no decía nada sobre la forma del requerimiento, aceptó que bastaba un acta notarial (STS, Sala Primera, de 12 de junio de 1963).

[48] QUERALT JIMÉNEZ, J. J. (2008). *Derecho Penal español. Parte especial*. Atelier, p. 410: *«el ocupa, que jurídicamente no es sino un precarista, para ser desahuciado debe ser previamente requerido para que desaloje la finca»*.

[49] Sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 7.ª, de 7 de marzo de 2013 y de Madrid, sección 2.ª, de 23 de enero de 2012.

[50] SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J. R. (2004). *Ob. cit.*, p. 14. Por su parte, RUIZ BLAY, G. (2014). La ineficacia práctica del artículo 245 del Código Penal para obtener el desalojo de un inmueble usurpado. *Diario La Ley*, núm. 8429, 26 de noviembre de 2014, p. 5, considera que el ánimo de oposición del propietario al usurpador puede acreditarse con la interposición de una denuncia policial.

[51] MARTÍ MARTÍ, J. (2011). Los colectivos «ocupas» y la respuesta del Derecho Penal. *Diario La Ley*, núm. 7556, 27 de enero de 2011, p. 7: *«ese trámite de la denuncia penal y posterior tramitación es esencial, si no para el proceso penal, sí para que en el proceso civil de desahucio por precario no quepa ninguna duda de que el propietario no ha autorizado ni consentido la ocupación de su propiedad y por ello interpone, fundadamente, el proceso de desahucio por precario contra el colectivo «ocupa»*.

[52] En la STS, Sala Primera, de 16 de julio de 2010 aparecen como demandados los ignorados ocupantes de determinada vivienda. También en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales: Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 13.ª, de 9 de febrero de 2012; Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 13.ª, de 27 de noviembre de 2012; y, Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 13.ª, de 23 de junio de 2016.

[53] No cabe inadmitir a trámite la demanda por la falta de identificación de los demandados. En este sentido, en el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 20.ª, de 9 de octubre de 2012 se dijo que *«se ejercita la acción de precario, y para que la relación jurídico procesal quede válidamente constituida, lo esencial es que se determine la relación de la parte demandada con el objeto del proceso y se posibilite su comparecencia y defensa, lo que se cumple cuando se designa el domicilio donde puedan ser citados los demandados, pues ello les permite y posibilita personarse en cualquiera de las formas admitidas en derecho, previa identificación y junto a los ignorados ocupantes, que siempre serán parte en cuanto la jurisprudencia admite identificar de tal manera y en ciertos casos, a la parte demandada. En definitiva, los argumentos que sirven de base al auto apelado para inadmitir la demanda, no constar identificados los demandados y dirigirse la demanda frente a persona indeterminada, no pueden considerarse suficientes para inadmitir la demanda, en cuanto tal interpretación, es contraria a la propia naturaleza recuperatoria de la acción que se ejercita e impide su ejercicio efectivo, con la vulneración que ello implica del derecho a la tutela judicial efectiva»*.

[54] La calificación del contrato de arrendamiento como fraudulento ha sido admitida por el Tribunal Constitucional en las ejecuciones hipotecarias (SSTC 69/1995, de 9 de mayo y 158/1997, de 2 de octubre y ATC 309/1994, de 14 de noviembre).

[55] Aunque pueda existir un delito de estafa en el que sea víctima el perjudicado en nada afecta al título esgrimido por el demandante en el desahucio por precario y deben evitarse suspensiones por una prejudicialidad penal en el que el demandante no tiene nada que ver.

[56] Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 13.ª, de 9 de octubre de 2007 y de 23 de enero de 2009.

[57] Dado que estamos en un procedimiento judicial y no ante una inscripción en el Registro de la Propiedad, sujeta esta al tracto sucesivo —siquiera abreviado (RDGRN de 17 de mayo de 2016)— puede entenderse legitimado por sucesión universal aquella entidad bancaria que haya sucedido a otra por cualquier modalidad de modificación estructural societaria. En nuestro trabajo ARAGONÉS SEIJO, S. y HERMOSA FONTANALS, E. (2015). Los bancos fusionados como sucesores en la ejecución hipotecaria: la ejecución sobre bien hipotecado sin previa inscripción en el Registro de la Propiedad. *Diario La Ley*, núm. 8459, 15 de enero de 2015, tras examinar la jurisprudencia —STS, Sala Primera, de 29 de junio de 1989— y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 y de 8 de julio de 2013 y de 11 de octubre de 2013, se concluye que debe distinguirse entre la legitimación activa del banco fusionado para interponer la demanda ejecutiva y el tracto sucesivo tras la adjudicación del inmueble subastado. Pueden conocerse los argumentos contrarios a lo que aquí se defiende en GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2015). La inscripción de la cesión de créditos hipotecarios como legitimadora para iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 747, pp. 415-433.

[58] Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 1.ª, de 19 de septiembre de 2014: *«no puede confundirse las acciones que tienen por objeto la tutela de la posesión (antigua interdictal), de la del artículo 41 LH que pretende la efectividad de los derechos reales inscritos, a la que no resulta de aplicación el motivo de inadmisibilidad que parece alegar el demandado al amparo del artículo 439.1 LEC. En todo caso, se ha de insistir en que la recurrente no alega en su defensa ninguno de los motivos de oposición recogidos en el artículo 444.2 LEC, sin que la pretendida ocupación de la finca de autos durante 8 años ni la función social de la propiedad puedan incluirse en ninguno de ellos»*.

[59] DÍEZ PICAZO, L. (2008). *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial III: Las relaciones jurídico-reales, el Registro de la Propiedad y la posesión*, Civitas, p. 502.

[60] Ejemplos de demandas dirigidas contra ignorados ocupantes: Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 1.ª, de 20 de septiembre de 2004; sección 1.ª, de 19 de septiembre de 2014; y, sección 19.ª, de 17 de marzo de 2016. La primera de estas sentencias explica el motivo de que se demande a los ignorados ocupantes: *«no cabe exigir a la actora que conozca previamente la identidad de las personas que ocupan las viviendas de su pro-*

piedad, máxime cuando, como acertadamente recoge la resolución impugnada, la indicada ocupación suele ser practicada por grupos fluctuantes de muy difícil o imposible determinación, extremo que queda acreditado con las diligencias practicadas en el proceso penal en el que a la policía judicial no le fue posible determinar tal identidad, y corroborado en la presente causa, en que pese a los reiterados intentos del juzgado por practicar la diligencia de citación a juicio, la misma resultó imposible, recogiendo manifestaciones de vecinos en el sentido de que las fincas se hallaban ocupadas pero que lo estaban los fines de semana y por la tarde-noche aunque añadieron que algunas veces también los veían por la mañana. La exigencia de identificar y demandar a los ocupantes de la finca que pretenden los recurrentes, y a la que no contribuyen, pues ni siquiera identificaron a los cuatro ciudadanos que supuestamente residían en el lugar, conduciría a la denegación de la tutela judicial que merece la actora en su condición de titular dominical y que está protegida a través de la acción prevista en el artículo 41 de la LH, frente a quienes no han podido alegar derecho alguno a la ocupación».

[61] Resume la función y criterios para la fijación de la caución la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 1.ª, de 15 de diciembre de 2015: *«La caución tiene un doble fundamento y objetivo. Por un lado asegurar la ejecución ante una eventual estimación de la demanda principal frente al poseedor o perturbador de una finca registral ajena, garantizando las costas procesales y la devolución de los frutos o la indemnización de perjuicios; y, por otro, un objetivo disuasorio frente a posibles abusos u oposiciones infundadas sin otra finalidad que dilatar un procedimiento manteniéndose sin derecho amparable en el despojo o en la perturbación frente al titular registral. El Tribunal Constitucional (Sentencia 202/87, de 17 de diciembre), no apreció vicio de inconstitucionalidad alguno en el hecho de que gozando el demandado del beneficio de justicia gratuita se le exija la prestación de caución, no obstante lo cual a la hora de fijar su cuantía, se impone a los órganos judiciales una ponderación de las circunstancias del caso que tenga en cuenta el objeto y contenido de la pretensión ejercitada en la demanda, las consecuencias económicas que para el demandante se deriven de la conducta perturbadora del derecho real inscrito que se imputa al demandado (frutos, daños y perjuicios y costas procesales), así como de la capacidad económica de este»*. Opinaba RUIZ SÁNCHEZ, J. L. (1969). Problemática de la caución en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 472, p. 627 que *«la caución exigible no puede ser objeto, insistimos, de una estimación cuantitativa reglada. Su fijación vendrá condicionada por la titulación y motivaciones del escrito inicial, al objeto de que se cumpla la justicia, función primordial de los organismos jurisdiccionales»*.

[62] ROCA SASTRE consideraba que *«el procedimiento del artículo 41 y el interdicto de recobrar persiguen la defensa de dos posiciones de tipo diferente (…) la posesión del titular inscrito que el artículo 38 presume y el artículo 41 defiende no es la posesión en sí misma considerada, abstracción hecha de si el poseedor es o no propietario, sino que es la posesión de un propietario que se presume tal por ser titular del dominio o derecho real según el Registro, o sea que se trata de la posesión emanada de la propiedad como manifestación del ius possidendi, que constituye una de las facultades que integran el contenido del dominio o de los derechos reales que implican posesión»* [ROCA SASTRE, R. M. (1954) *Derecho hipotecario*, editorial Bosch, tomo I, p. 320].

[63] En la STS, Sala Primera, de 20 de octubre de 1949 se considera que la presunción posesoria que establece el artículo 38 de la Ley Hipotecaria no es de la posesión material, ya que si el titular se hallase en esa posesión no necesitaría ejercitar acción alguna para reclamarla.

[64] DÍEZ PICAZO, L. (2008). *Ob. cit*., p. 509.

[65] Dispone el artículo 6.5 de la Ley de asistencia jurídica gratuita que *«el derecho a la asistencia jurídica gratuita comprende las siguientes prestaciones: 5. Exención del pago de tasas judiciales, así como del pago de depósitos necesarios para la interposición de recursos»*. Solo estarán exentos del pago de la caución las entidades locales (art. 173.2 del Texto

refundido de la Ley reguladora de haciendas locales), y las administraciones públicas (art. 12 de la Ley de asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas).

[66] La jurisprudencia recaída en esta clase de procedimientos no parece exigir una prueba plena del título del ocupante que se opone. Así, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 19.ª, de 17 de marzo de 2016 —que cita la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1.ª, de 20 de diciembre de 2001— se considera que *«En los supuestos en los que se invoca la existencia de cualquier relación jurídica, como base de la contradicción, la cuestión se concreta en determinar si concurre —basta la evidencia indiciaria— alguna relación que legitime el uso y posesión, sin que sea precisa una prueba plena de su existencia ni una determinación concluyente sobre los derechos controvertidos, ya que escapa del ámbito limitado de este proceso un estudio en profundidad sobre la existencia de dichos derechos»*.

[67] Tras la reforma hipotecaria el Tribunal Supremo, Sala Primera, siguió admitiendo la subsistencia de la facultad concebida al titular inscrito para obtener el desahucio por precario (Sentencias de 19 de noviembre de 1949, y de 4 de mayo de 1950, entre otras).

(Trabajo recibido el 5-11-2016 y aceptado para su publicación el 14-11-2016)

DERECHO COMPARADO

El principio de fe pública registral y el fraude inmobiliario en el derecho peruano*

Register Public Faith and Real State Fraud in Peru

por

MG. LUIS ALBERTO ALIAGA HUARIPATA
Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y de la Universidad San Martín de Porres (Posgrado)

MG. GILBERTO MENDOZA DEL MAESTRO
Profesor de la Facultad de Derecho y de la Maestría de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú

RESUMEN: Este trabajo pretende analizar el principio de fe pública registral como supuesto de hecho complejo que contiene dos extremos distintos: uno de adquisición y otro de protección. En el primer extremo analizaremos el supuesto de adquisición *a non domino* que está formulado en el artículo 2014 de nuestro Código Civil, así como sus requisitos y efectos.

Posteriormente, revisaremos el segundo extremo, al que interpretamos como un supuesto de oponibilidad de lo inscrito para una mayor protección en la adquisición. Esto nos servirá para poder verificar cómo esta figura regula supuestos conflictivos como los contenidos en la falsificación de documentos.

---

* Parte publicada en el Anuario de Investigación del CICAJ 2013-2014 del Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

ABSTRACT: This work pretend to analyze the good faith of land register's principle as a complex case that contains two different extremes: one about acquisition and the other about protection. In the first case, we will analyze the non domino acquisition that is formulated in the article 2014 of our Civil Code, as well as its requirements and effects.

Lately, we will check the second case, which we will interpret as a case of opposition against all of the written for a better protection in the acquisition. This will help to verify how this figure regulates conflictive cases as the contained in falsification of documents.

PALABRAS CLAVE: Fe pública registral. Falsificación de documentos. Oponibilidad. Protección del Registro. Seguridad del Tráfico.

KEY WORDS: Good faith. Falsification of documents. Register Public Faith.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DEFINICIÓN.—III. DERECHO COMPARADO.—IV. CONFIGURACIÓN: ADQUISICIÓN Y PROTECCIÓN. —V. UN SUPUESTO ESPECIAL: LA FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS. —VI. MEDIDAS CONTRA LA FALSIFICACIÓN.—VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La historia permite constatar que las instituciones jurídicas nacen para resolver conflictos de intereses en realidades concretas. Con el tiempo, estas necesidades y realidades se diversifican o mutan, y dichas instituciones tienen el reto de adaptarse a los cambios para seguir vigentes.

Adaptarse no significa abrogar o derogar las normas que regulan la institución, sino tratar de verificar su vigente utilidad en la realidad a partir de sus fundamentos y hacer un esfuerzo a partir de ello para concordarla con el sistema jurídico general.

Esto resulta difícil si no conocemos los antecedentes, el contexto y los fundamentos de la institución jurídica y la realidad subyacentes; e incluso peligroso si no conocemos el sistema en el cual vamos a adoptarlo, dado que podemos importar problemas foráneos o soluciones que son impracticables en nuestro medio (no obstante haber transcurrido más de una centuria desde la celebración en París del «Primer Congreso Internacional de Derecho Comparado», los problemas subsisten en esta materia).

Una muestra de ello es el denominado «principio de fe pública registral» y los problemas que suponen los supuestos de falsificación de documentos para adquirir inmuebles. Lamentablemente estos casos son cada vez más recurrentes

en nuestro medio y han implicado un serio cuestionamiento a dicho principio registral (El Comercio, 2013).

Al respecto, se advierte que los comentarios críticos pretenden erróneamente la derogación de la norma, la modificación de sus alcances —en algunos casos esto puede llevar a su desnaturalización— o la reinterpretación de sus fines.

Este trabajo tiene como finalidad conocer un poco más este principio a partir de su regulación en nuestro país; no encerrándolo en las paredes del derecho registral, sino abordándolo a partir de la teoría del negocio jurídico y los efectos reales, buscando tener las herramientas suficientes para entender los alcances de esta cuestionada figura y verificar su utilidad actual en nuestro ordenamiento jurídico.

II. DEFINICIÓN

La expresión «fe pública» proviene del latín *fides publica*. «Fe» *(fides)* significa «*Creencia que se da a algo por la autoridad de quien lo dice o por la fama pública»* (Real Academia Española 2001)[1] y «pública» *(publicus)* significa «*Notorio, patente, manifiesto, visto o sabido por todos»* (Real Academia Española 2001)[2].

La Real Academia Española (2001) define «fe pública» como la:

> *«Autoridad legítima atribuida a notarios, escribanos, agentes de cambio y bolsa, cónsules y secretarios de juzgados, tribunales y otros institutos oficiales, para que los documentos que autorizan en debida forma sean considerados como auténticos y lo contenido en ellos sea tenido por verdadero mientras no se haga prueba en contrario»* (Real Academia Española, 2001).

Una aproximación al ámbito notarial la define como *«calidad propia que la intervención notarial acuerda a los instrumentos expedidos en el ejercicio regular de esa función»* (COUTURE, 1954, 36), o como documentación de los acuerdos negociales (MONTOZORI, 2004, 5)[3] que realizan los Notarios y que generan la confianza de autenticidad frente a todos.

También se la ha definido en sede penal, administrativa; incluso en el ámbito judicial, como:

> *«[…] la confianza que el Estado otorga y deposita en los Secretarios de los Juzgados y Tribunales para que los documentos, testimonios y actuaciones que pasen ante ellos, tengan la garantía de ser ciertos por la autenticidad que dichos funcionarios les prestan»* (GONZÁLEZ, 1967, 1).

Ahora bien, desde el ámbito que nos toca abordar, dicho concepto excedería lo que terminológicamente significa. Y es que la acepción de «fe pública»

estaría más vinculada al principio de legitimación que a la denominada «fe pública registral».

El concepto de fe pública registral tiene un contenido propio, que para su configuración puede tener como parte de sus elementos el mencionado, aunque adopta un sendero distinto.

III. DERECHO COMPARADO

En Alemania, el § 892 del BGB Alemán, contiene el principio *Öffentlicher Glaube des Grundbuchs*, el cual en nuestro ordenamiento es traducido como «fe pública registral» y contiene aquella creencia (fe) pública que se tiene sobre lo publicado en los registros y, a partir de la cual —en ciertos casos—, se tutela a aquellos que confían en su contenido.

> § 892. *«Los contenidos del Registro se consideran correctos a favor de la persona que, mediante un negocio jurídico, adquiere un derecho a una finca o un derecho sobre dicha finca a menos que se extienda un asiento de contradicción contra la corrección o que el adquirente conozca la incorrección* [buena fe]. *Si el titular del derecho tiene registrada su facultad de disposición del derecho inscrito en beneficio de cierta persona, dicha restricción no es eficaz frente al adquirente a menos que se deduzca como obvio del Registro o que dicho adquirente la conozca»* (Traducción propia).

El artículo 973 del Código Civil suizo señala que *«El que de buena fe, fundándose en una inscripción en el Registro, haya adquirido una propiedad u otros derechos reales, debe ser protegido en su adquisición […]»*[4] (Traducción propia).

Es decir, a quien confía en lo que se encuentra inscrito en los *Grundbuch* (Registros) se le protegerá en su adquisición.

De igual forma se regula en Inglaterra:

> *«[…] si se ha practicado un asiento en el Registro por el que una persona aparece como titular de un derecho real y el derecho real no debería habérsele atribuido, será considerado como su verdadero titular como resultado de la inscripción»* (*Land Registration Act*, art. 74) (Traducción propia).

Asimismo, en Suecia:

> *«[…] si el derecho real ha sido adquirido por compra [a título oneroso] y el transmitente no era su legítimo titular, debido a que su adquisición o la de alguno de sus causantes era nula, la adquisición*

> *será, sin embargo, válida si el derecho consta inscrito a favor del transmitente y el adquirente no conocía ni debía haber conocido (buena fe) que aquel no era el titular legítimo. Esta regla no se aplica a las adquisiciones derivadas de un procedimiento de ejecución»* (*Land Code*, art. 1, cap. 18) (Traducción propia).

En el artículo 34 de la Ley Hipotecaria española se regula la norma que ha inspirado al legislador peruano para la recepción de dicho principio en nuestro ordenamiento (art. 2014 del Código Civil)[5]:

> Artículo 34. *«El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.*
>
> *La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.*
>
> *Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente».*

Sobre dicho dispositivo normativo, GARCÍA ha señalado que el principio de fe pública registral:

> *«Es aquel principio hipotecario en virtud del cual el tercero que adquiere en base a la legitimación dispositiva de un titular registral es mantenido en la adquisición* a non domino *que realiza, una vez que ha inscrito su derecho, con los demás requisitos exigidos por la Ley»* (GARCÍA, 1993, 227).

Por otro lado, GORDILLO indica que: *«[…] significa fiabilidad objetiva del Registro de la Propiedad: todos pueden confiar [fides publica] en lo que el Registro publica»* (GORDILLO, 1978).

A diferencia del primero, debemos indicar que esta acepción está más cerca del enfoque de la acepción de «fe» que de la acepción de «fe pública» antes descrita.

Consideramos que esto se genera al distinguir la autoridad o el ente (participantes — plano estático) que brinda la publicidad respecto del efecto (confianza) que produce en los sujetos que tienen un acercamiento con la información publicitada (terceros — plano dinámico).

Así pues, dicha confianza *(Vertrauen)* será un elemento del cual se desprenda la buena fe. En este sentido, no son iguales la fe pública y la buena fe, ya que esta se puede abordar como un estado psicológico de creencia o diligencia[6]; en cambio, en el plano estático, la fe pública se puede abordar como «atestación[7]

calificada» (COUTURE, 1954, 24), toda vez que los funcionarios o a quienes se les ha delegado funciones públicas «hacen fe» de que lo que han presenciado consta en el documento. O, en el plano dinámico, como confianza generada por la publicidad.

IV. CONFIGURACIÓN: ADQUISICIÓN Y PROTECCIÓN

En el Perú se denomina «principio de fe pública registral» a lo dispuesto en el Código Civil en el siguiente dispositivo normativo (modificado por la Ley 30313):

> «Artículo 2014. Principio de buena fe pública registral.
> *El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan.*
> *La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro».*

En este sentido, nos alejamos de restringirlo a las acepciones de «fe» o de «fe pública» o de «fiabilidad objetiva del registro», toda vez que estos son requisitos para la adquisición del derecho; mas el principio de fe pública se desenvuelve, si bien vinculada, en otro ámbito: el de protección de ciertas adquisiciones *a non domino*. Todo esto lo explicaremos en las líneas siguientes.

En nuestro ordenamiento se ha indicado de forma general que en el dispositivo normativo contenido en el artículo 2014 se verifica la existencia de dos negocios jurídicos:

A —— *B* *B* —— *C*

- El presupuesto es que las titularidades se encuentren inscritas.
- El primer negocio jurídico es uno patológico, toda vez que puede ser inválido —nulo o anulable— o ineficaz —ser pasible de resolución o rescisión— (supuesto de inexactitud registral).
- El segundo negocio tiene que ser válido.
- No obstante los defectos del primer negocio, si *C* —que sería «Tercero» respecto al negocio entre *A* y *B*— cumple ciertos requisitos «Tercero cualificado», podría adquirir *a non domino* de quien aparece en el Registro.

Posteriormente a dicha adquisición, se configura su protección mediante la inscripción a través del mecanismo de tutela de la fe pública registral.

En razón de ello, se ha indicado que para configurar la fe pública se requiere:

— Adquisición de derechos a título oneroso *(Entgeltlicher Erwerb)*.
— Legitimación de las inscripciones.
— Confianza.
— Buena fe *(gutgläubiger Erwerb)*.
— Inexactitud registral.

No obstante, consideramos que el dispositivo normativo recogido en el artículo 2014 contiene dos normas distintas:

— Adquisición *a non domino (Erwerb vom Nichtberechtigten)*.
— Protección de la adquisición.

Debemos indicar que para ambas normas, aunque vinculadas, existen requisitos distintos, y que la norma de la llamada «fe pública registral» es una *fattispecie compleja*:

Requisitos para la adquisición *a non domino*:

— El transferente debe gozar de legitimación aparente brindada por el Registro.
— El adquirente debe ser tercero respecto a la primera transferencia (tracto).
— Confianza en el Registro.
— El adquirente debe tener buena fe.

Requisitos para la protección por la fe pública registral:

— Adquisición *a non domino*.
— Buena fe.
— Inscripción de la adquisición.

Probablemente en los Registros de tipo constitutivo dicha distinción no es tan relevante, dado que la inscripción que genera la mutación jurídica confluye temporalmente con la protección de esta.

En cambio, en nuestro ordenamiento no es así; la mutación jurídica acaece generalmente extrarregistros: *«El tercero que de buena fe adquiere […]»*. Y, luego, cuando ya es titular, dicho tercero le da mayor intensidad a la oponibilidad del derecho originado: *«[…] mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho […]»* frente a posibles acciones reivindicatorias u otras acciones que se pretendan realizar.

Esto evita confusiones respecto a interpretaciones del principio al pretender enfocársele como un supuesto de adquisición constitutiva en el Registro.

Podemos visualizarlo recreando algunos supuestos recurrentes en nuestro ordenamiento:

Imaginemos el siguiente supuesto de transferencias derivativas:

A ----------	*B*	*B* ----------	*C*
Inscrito	Inscrito	Inscrito	No inscrito
(Nulo)			

Si el primer negocio es nulo, *C* sería titular si cumple con los requisitos en el nivel de adquisición *a non domino*.

No obstante ello, la protección de su adquisición mediante la fe pública registral cederá frente a la inscripción de otro tercero; por ejemplo, que *B* transfiera a *D* en las mismas condiciones y este se inscriba (caso de doble venta).

En ese caso, la adquisición de *C* cederá frente a la de *D*, dada la oponibilidad con mayor intensidad que otorga la inscripción frente a los actos que no han logrado la inscripción.

Ahora bien, en los terrenos de la fe pública se puede visualizar claramente el conflicto de interés generado. ¿A quién tutelamos? ¿Al primer titular inscrito *A*, al cual se le denomina *verus dominus*? o ¿al que confió en lo que estaba publicitado en el Registro —en este caso *D*—, e inscribió su adquisición?

Al cumplir con ciertos requisitos, el mecanismo de fe pública registral hace prevalecer la adquisición del denominado «Tercero registral»; así, en el caso anteriormente propuesto *(D)*, el fundamento se encuentra en la *seguridad del tráfico (Rechtverkehr)*.

En virtud de lo mencionado, vamos a desarrollar los requisitos en dos partes: la adquisición y la protección.

V. UN SUPUESTO ESPECIAL: LA FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS

Situaciones lamentables como la falsificación de documentos han puesto en problemas al principio de fe pública registral, toda vez que frente a «casos reales» parecería que este principio ha quedado rezagado o limitado.

Desde diversos ámbitos se ha señalado que el principio de fe pública registral «legitima» delitos, por lo que debe abrogarse, derogarse o reconfigurarse.

Somos de la posición que en el caso de falsificación de documentos no se aplica la fe pública registral y que esta interpretación no requiere de una modificación parcial o total de la norma, sino solo conocer bien sus fundamentos.

Empecemos con criterios que han sido difundidos. En octubre de 2012 se llevó a cabo el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil, cuyo segundo tema fue «La fe pública registral en los casos de falsificaciones de títulos».

El artículo original señalaba (antes de su modificación por la Ley 30313):

> Artículo 2014. *«El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los Registros Públicos.*
>
> *La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro».*

Así pues, la primera ponencia de dicho pleno señaló que el principio de fe pública registral debía aplicarse en los supuestos de falsificación de documentos:

Primera ponencia:

> La fe pública registral protege a los terceros de buena fe cuando el acto previo es nulo o falso, pues el Artículo 2014 del Código Civil, no distingue, en consecuencia, por efecto de la seguridad jurídica del tráfico, no importa la magnitud del vicio que afecte el título, pues basta que el tercero cuente con título oneroso, sea de buena fe e inscriba su derecho, para gozar de la tutela legal.

La segunda ponencia, por el contrario, señaló que ante la presencia de «vicios radicales de nulidad» no se aplica la fe pública registral:

Segunda ponencia:

> La fe pública registral no protege a los terceros de buena fe cuando se trata de vicios radicales de nulidad, como es el caso de la falsificación de los títulos, pues el Artículo 70 de la Comisión del Estado, dice que la propiedad es inviolable, lo que no es coherente si admitimos que un titular pueda ser despojado fácilmente a través de una falsificación. El Artículo 2014 del Código Civil debe leerse desde la perspectiva constitucional de protección de la propiedad, evitando que los actos ilícitos consumen derechos.

Como fundamentos de la defensa del principio de fe pública se brindó la protección del «tráfico patrimonial»:

Fundamentos de la primera ponencia:

> El soporte jurídico de la primera ponencia está constituido por la Casación Nro. 1845-2000-Junín, que señala que el artículo 2014 del Código Sustantivo desarrolla el principio e instituto de la buena fe registral, según el cual se protege la adquisición de buena fe, de quien aparece en el Registro como titular registral, que se inscribe en el Registro, contra cualquier intento de enervar dicha adquisición que se fundamente en causas no inscritas antes. El fundamento del

> principio de la fe pública radica en la necesidad de asegurar el tráfico patrimonial, cuyo objeto consiste en proteger las adquisiciones que por negocio jurídico efectúen los terceros adquirientes y que se hayan producido confiados en el contenido del Registro; para ello, la ley reputa exacto y completo el contenido de los asientos registrales, en efecto las inscripciones del Registro se consideran exactas y completas respecto de terceros adquirientes de buena fe, y quien adquiere el derecho de propiedad, una servidumbre o un derecho de hipoteca, confiado en la actitud del Registro deviene en propietario, titular de la servidumbre o de la hipoteca (Casación núm. 1168-98-Lambayeque).

Como fundamento de la tutela del verdadero propietario se encuentra el artículo 70 de la Constitución que regula la inviolabilidad de la propiedad. La interpretación contraria sería irracional, dado que se estaría «legalizando un despojo»:

Fundamentos de la segunda ponencia:

> El Artículo 70 de la Constitución del Estado preceptúa que: «El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la Ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por la Ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio». En este sentido, la inviolabilidad a la que se hace referencia en la norma constitucional trae consecuencia, que nadie puede afectar, desconocer o cuestionar la propiedad, esto es, el propietario no puede ser privado de su derecho, salvo que sea por una decisión judicial, además, en concordancia con lo previsto en el inciso 16 del artículo 2 de la Constitución del Estado, el Estado garantiza y asegura que se respetará el derecho a la inviolabilidad de la propiedad, por ser este un derecho fundamental. Por consiguiente, el principio de fe pública, entendido como principio y no como excepción, es una clara muestra de interpretación normativa contraria a los valores constitucionales, pues se limita a legalizar el despojo de un propietario sin verificar la diligencia del tercero, ni la negligencia del titular afectado. De lo contrario, estaríamos simplemente despojando a uno, para terminar atribuyendo el bien a otro casi por azar, sin racionalidad, sin que el titular originario haya contribuido de forma alguna con la apariencia que le perjudicó.

Debemos apartarnos de la primera ponencia, ya que consideramos que no cuenta con todas las herramientas de análisis; pues solo se fija en los requisitos

de adquisición del tercero y no toma en cuenta, por ejemplo, el vínculo previo del transferente para que pueda configurarse la adquisición *a non domino*.

Asimismo, si bien compartimos la segunda postura, los argumentos pudieron tomar en cuenta las variables de adquisición *a non domino*.

En este sentido, debemos recordar que el segundo extremo del primer párrafo del artículo 2014 decía: *«[…], mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los Registros Públicos»*.

Entendemos que este artículo, a pesar de que no exista transferencia válida en el primer negocio jurídico, ya sea por nulidad, anulabilidad, resolución o rescisión, otorga efectos a la transferencia realizada a favor del tercero.

Dicho artículo no distingue, como lo hace la primera ponencia, entre «vicios radicales de nulidad» y «vicios atenuados de nulidad».

Entendemos que nuestros magistrados han querido mostrar que la intensidad en los supuestos de falsificación de documentos es gravosa por la no participación del verdadero titular; sin embargo, consideramos que se puede llegar al mismo resultado con una aplicación adecuada de los conceptos previamente explicados.

Téngase en cuenta que en cualquier supuesto de adquisiciones *a non domino* existe un «despojo» de titularidad al verdadero propietario; no obstante lo cual, no consideramos que los magistrados hayan deseado extender dicha interpretación a cualquier supuesto de adquisición *a non domino,* como los mencionados en los artículos 948 y 194, entre otros.

En principio, deberíamos señalar que en los supuestos de falsificación de documentos nos encontramos en el supuesto de ausencia de manifestación de voluntad, lo cual es pasible de nulidad. Dicha nulidad no puede sanearse y tampoco se puede aplicar el instituto de la conversión; por tanto, en este extremo sería aplicable el principio de la buena fe registral.

Ahora bien, ya que el Registro no convalida nulidades[8], el transferente no podría derivar de buena fe su titularidad al tercero, pues no goza de la legitimidad causal. No obstante, dada su inscripción en el Registro, sí tiene legitimación aparente, y esta se presume exacta y válida.

Entonces, aparentemente, dicho legitimado, a pesar de no ser titular, goza del poder de disposición *(Verfügungsmacht),* por ello y en virtud de su fuente de validez normativa que autoriza ello *(Ermächtigunsnorm)* (es decir el art. 2014), lo cual permite que se despliegue la eficacia en la adquisición del tercero de buena fe, es decir, que sea el nuevo titular.

En ese sentido, sigue estando vigente la afirmación de OERTMAN, cuando señala que la apariencia (que en este caso se configura en la legitimación aparente del otorgante) se configura como presupuesto de eficacia del acto o negocio, y no como elemento constitutivo (OERTMAN, 1930, 461).

Sin embargo, dado que aparentemente se ha configurado la adquisición *a non domino*, falta un requisito que se verifica también en el supuesto del artícu-

lo 948: *«El titular aparente debe haber obtenido mediante un título la posición externa de propietario»* (LEHMANN, 1956, 204).

VI. MEDIDAS CONTRA LA FALSIFICACIÓN

1. Los registros públicos y la inmovilización de partidas: ¿*contradictio in terminis*?

Es de común conocimiento que los Registros Públicos nacieron como mecanismo para facilitar el tráfico económico en función de la llamada seguridad en la circulación de derechos (*«Verkehrssicherheit»)*. Presupuesto para ello es que exista cierto grado de seguridad en la asignación de la titularidad de los mismos (*«Rechtssicherheit»).*

Para lograr ello, nuestro sistema se sostiene en diversas garantías, como la autonomía del Registrador, la intangibilidad del asiento, la seguridad del tráfico y el resarcimiento en los supuestos de daño por negligencia de los agentes[9].

Si bien formalmente esto sustenta nuestro sistema, es difícil que tenga viabilidad en ordenamientos donde los supuestos de falsificación de documentos se encuentran muy difundidos.

En razón de ello es que desde la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) se emitió la Directiva de Inmovilización de Registros, la cual llevó a que el Registro inscriba la inmovilización de predios, por tanto, el Registro es el que promueve tanto la circulación como la inmovilización de los bienes. *¿Contradictio in terminis?*

A continuación analizaremos los antecedentes de dicha directiva y su desarrollo en sede registral.

A) Los antecedentes

Tal como lo señaláramos inicialmente, el fraude ha sido un serio problema que la SUNARP ha buscado paliar, pero sin entrar al fondo del problema.

Muestra de ello es la creación del Sistema de Alerta Registral el año 2008[10] —actualmente regulada mediante Resolución núm. 170-2013-SUNARP/SN—, a través del cual se notifica —previa suscripción— al correo electrónico del titular registral (o suscrito) cualquier modificación que se realice en las partidas registrales.

Así también, con la Directiva núm. 001-2012- SUNARP-SN se reguló el «Bloqueo por presunta falsificación de documentos protocolares», mediante la cual se anota preventivamente en aquellos supuestos en los que se han extendido asientos sobre la base de un título que contiene presuntamente documentos

falsificados, bloqueándose la partida que contiene dicha inscripción, a fin de que no se inscriba ningún acto posterior.

De igual forma, se emitió la Directiva núm. 003-2012-SUNARP-SN, que regula la «anotación por presunta falsificación de instrumentos extraprotocolares y de constancias de acreditación de *quórum*».

Finalmente, el 26 de noviembre de 2013, se publicó la Directiva num. 08-2013-SUNARP-SN, aprobada por Resolución num. 314-2013-SUNARP-SN del 25 de noviembre del 2013 (Fe de erratas del 5 de diciembre del 2013), sobre inmovilización de partidas registrales.

B) Estadísticas

En el año 2014, según los datos que proporciona la SUNARP, se inscribieron 3762 solicitudes de inmovilización de partidas a nivel nacional; el departamento de Lima, con 2742 inscripciones, es el que mayor número de inscripciones tuvo.

En el año 2015 se inscribieron 4595 actos a nivel nacional, siendo que Lima abarcó 2917.

En el año 2016, hasta el mes de junio se habían inscrito 1108 actos de inmovilización de partidas a nivel nacional y la proyección es que a final de ese año se hayan inscrito en forma acumulada (2014-2015-2016) más de 10.000 solicitudes.

Este dato es importante dado que prácticamente esa cantidad de usuarios le estarían diciendo a la SUNARP: «No confío en su capacidad de proteger nuestras titularidades (lo cual es su labor), por lo que solicitamos que procedan a publicitar la inmovilización de nuestros predios, para que se conozca *erga omnes* que mientras dure la vigencia de dicha inscripción, dichos bienes no serán susceptibles de circulación».

Una interrogante que surge de forma inmediata es: Si la SUNARP no puede proteger nuestras titularidades que se inscriben en los asientos, ¿podrá tutelar nuestra decisión de inmovilizar nuestros derechos inscritos que también se verifican en asientos registrales?

C) Finalidad

La finalidad de la Directiva fue:

«*[…] implementar un mecanismo de seguridad, denominado inmovilización que tiene por objetivo, generar el cierre temporal de la partida registral referida a un predio, hasta cumplir con un procedimiento especial de verificación de la_autenticidad de títulos, o hasta que opere la caducidad del asiento de inmovilización, a fin de resguardar los derechos inscritos*» (el destaque en cursiva es nuestro).

Téngase en cuenta que este dispositivo normativo tiene como finalidad el *«cierre temporal de la partida registral»*. Dicho objetivo condujo a equívocos prematuros.

Así, por ejemplo, si dicha partida está «cerrada», ¿siguen vigentes los principios de oponibilidad, publicidad y legitimación sobre los asientos?

Respuesta un poco confusa nos brinda el numeral 6.3 de la Directiva, el cual definió como inmovilización temporal:

«El asiento de inmovilización temporal constituye una herramienta para publicitar la voluntad del propietario registral de cerrar voluntaria y temporalmente la partida de determinado predio de tal forma que se impida inscribir en forma inmediata cualquier acto de disposición gravamen y/o carga voluntario presentado hasta su posterior comprobación o levantamiento» (el destaque en cursiva es nuestro).

Entonces el «cierre» debe entenderse solo como limitación de inscripción de ciertos actos, por lo que los principios antes mencionados siguen vigentes, y otros actos sí van a poder acceder al Registro, tal cual lo señala el numeral 6.6:

- La inscripción o anotación de un mandato judicial, acto administrativo o decisión arbitral que se presente en forma posterior al asiento de inmovilización.
- Actos que no impliquen disposición, carga o gravamen.
- La inscripción de actos de disposición, carga o gravamen que deriven de alguna anotación preventiva o inscripción anterior al asiento de inmovilización.
- La anotación o inscripción de sucesión intestada o testamento.

De lo descrito anteriormente, entendemos que no existe en estricto un cierre de partidas, sino que por un periodo de tiempo «ciertos actos» no podrán acceder a publicitarse registralmente[11]. Aunque esto tampoco es tan preciso porque como indica el numeral 6.6, mediante mandato judicial se podrán inscribir actos de disposición o de gravámenes, incluso cuando exista un asiento que publicite la inmovilización de la partida.

Debe tenerse en cuenta, que a diferencia de lo que se indica en el numeral 6.5.2.3 de la Directiva, en el cual se ordena el levantamiento de la inmovilización, en este supuesto en específico de mandato judicial no se ordena al Registrador a realizar dicha labor.

D) Alcances

Aborda la Directiva los actos de disposición, carga o gravamen de tipo voluntario (Directiva 6.1.1). ¿Y los actos de disposición de tipo legal? Imaginemos el supuesto del segundo párrafo del artículo 310 de nuestro Código Civil: *«[…] También tienen la calidad de bienes sociales los edificios construidos a costa*

del caudal social en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose a este el valor del suelo al momento del reembolso».

En estos casos la transferencia se realiza *ex lege*. ¿Están dentro del supuesto de hecho de la norma? ¿Y los supuestos de hipotecas legales y cargas técnicas?

Pareciera que el dispositivo no los aborda, por lo que sí podrían ser sujetos de inscripción a pesar de la inmovilización de la partida.

Sobre los requisitos para plantear la rogatoria, estos se encuentran en el 6.2 de la Directiva:

- Solicitud de inscripción.
- Escritura Pública, que contenga el acto unilateral del propietario con derecho inscrito, en el cual manifiesta su voluntad de inmovilizar temporalmente el predio.
- Declaración jurada del propietario con derecho inscrito, con firmas certificadas notarialmente, en la cual se declare bajo juramento que el predio sobre el cual solicita la inmovilización temporal no ha sido transferido o se encuentre afectado con carga y/o gravamen no inscrito por el mismo titular en forma voluntaria y en fecha anterior a la declaración jurada. Esta declaración jurada deberá estar inserta en la Escritura o anexa a la misma.
  Debe añadirse que mediante Resolución num. 1630-2015-SUNARP-TR-L, de 21.8.2015, la declaración jurada puede estar contenida en la minuta inserta en la escritura:
  «La declaración jurada a la que se refiere el numeral 6.2.3 de la Directiva núm. 08-2013-SUNARP-SN, puede estar contenida en la minuta inserta en la escritura pública mediante la cual se solicita la inmovilización temporal de una partida del Registro de predios».
- Pago de la tasa, por derechos de calificación, correspondiente al 0.81% de la Unidad Impositiva Tributaria.

Ahora bien, lo dispuesto en la Directiva nos genera algunas inquietudes. Se señala entre los problemas que busca afrontar la Directiva que existen sujetos que falsifican escrituras públicas, las cuales contienen actos de disposición, para luego realizar sucesivas transferencias y acogerse a la «supuesta» protección de la denominada Fe Pública Registral.

Si se falsifican las escrituras públicas que contienen actos de disposición, ¿por qué no podrían falsificarse también las escrituras públicas que contienen actos unilaterales del propietario de inmovilización temporal del predio?

E) Procedimiento registral

Podemos analizar el procedimiento registral a partir de dos supuestos distintos: A. En el caso que se presente un título con fecha cierta anterior a la inmo-

vilización de la partida. B. En el caso que se presente un título con fecha cierta posterior al asiento de presentación de la solicitud de inmovilización temporal.

Inicialmente la norma señaló en el primer supuesto cuando el asiento de inmovilización ya se encontrase inscrito, no obstante ello si se presentara un título con fecha cierta anterior a la inscripción de dicha inmovilización, el Registrador debe cursar un oficio al Notario, árbitro o autoridad administrativa, a fin de comprobar la autenticidad del documento presentado procediendo a suspender el asiento de presentación. En este esquema, se cuestionaría el por qué no se extendía dicho deber de comunicar en caso de escrituras públicas imperfectas resueltas por los jueces.

Otro cuestionamiento que se podía hacer en el ámbito arbitral es que una vez emitido el Laudo, los árbitros pierden competencia —salvo que se pacte que tendrán competencia para ejecutar el mismo—. ¿A dónde se les cursará oficio? Probablemente sea al centro arbitraje si es institucional. ¿Y si es *ad hoc*?

Extraña la forma de redactar el dispositivo normativo, dado que se obligaba a los Registradores a enviar oficios a los árbitros, sin embargo, solo era necesario recibir respuesta de los Notarios o de las autoridades administrativas y no de los árbitros.

Advirtiendo ello, mediante Fe de Erratas del 5 de diciembre, se restringe la obligación de curse de oficio solo a los Notarios, según lo dispuesto por el 6.5.2.1.

Entendiendo ello así, en caso que el Notario informase sobre la presunta falsificación del título, el Registrador deberá tachar el título por falsedad documentaria.

Ahora bien, en sentido contrario, en el supuesto de que el Notario confirme la autenticidad del documento contenido en el título, el Registrador calificará el título según el Reglamento General.

De igual forma levantará el asiento de inmovilización, sin necesidad de requerir la rogatoria del titular registral o la Escritura Pública otorgada unilateralmente por el propietario con derecho inscrito.

En estos supuestos existe el deber de informar al jefe zonal, a fin de iniciar las acciones correspondientes.

En el segundo supuesto, cuando se presente un título con fecha cierta posterior al asiento de presentación de la solicitud de inmovilización temporal, el registrador debe observar el título, a fin de que se amplíe la rogatoria con la manifestación del titular con derecho inscrito requiriendo el levantamiento de la inmovilización contenido en el traslado instrumental de una Escritura Pública.

De igual modo que en el supuesto anterior, una vez presentado el traslado instrumental de levantamiento de la inmovilización, el Registrador procederá a cursar un oficio al Notario, con el objetivo de comprobar la veracidad del documento, procediendo a suspender el asiento de presentación.

Quizá esta obligación del Registrador de cursar oficio y recibir respuesta por parte del Notario es una de las formalidades más importantes, que busca minimizar los supuestos de falsificación.

En caso que el Notario informe sobre la presunta falsificación del título, el Registrador procederá a tachar el mismo por falsedad documentaria. En el caso que el Notario confirme la autenticidad del documento, el Registrador procederá a calificar el título conforme al Reglamento General.

En este último supuesto, si se cumplen todos los requisitos, el Registrador debe proceder a inscribir el levantamiento de la inmovilización y a su vez el acto de disposición de carga o gravamen.

F) Vigencia

El plazo de caducidad de la vigencia del asiento inscrito según la Directiva es de 10 años como máximo desde la fecha de presentación del título. En caso que en la rogatoria no se indique el plazo, se entiende por el plazo máximo.

En sentido tal, como señala la Resolución num. 1657-2015-SUNARP-TR-L de 21.08.2015, cualquier título posterior al asiento de inscripción de la inmovilización debe incluir la rogatoria de levantamiento de la inmovilización:

> SOLICITUD DEL LEVANTAMIENTO DE INMOVILIZACIÓN DE PARTIDA
>
> *«En el caso que se presente un título con fecha posterior al asiento de presentación de la solicitud de inmovilización temporal debe solicitarse el levantamiento de la inmovilización de acuerdo a los requisitos previsto en la norma».*

En caso de que el titular registral solicite el levantamiento del asiento de inmovilización deberá presentar:

- Solicitud de inscripción.
- Escritura Pública declarando expresamente su voluntad de dejar sin efecto la inmovilización temporal.
- Pago de la tasa respectiva por derechos de calificación, correspondiente al 0.81% de la Unidad Impositiva Tributaria.

Igualmente, como en los casos anteriores, debe cursarse oficio al Notario, a fin de verificar la autenticidad del documento.

En caso se presenten títulos con fecha cierta anterior al asiento de inmovilización temporal, una vez comprobada su autenticidad, se entenderá que también se levantarán dichos asientos.

G) Jurisprudencia

Existen diversos casos en los cuales se ha pronunciado la jurisprudencia registral.

Así, por ejemplo, mediante precedente se ha señalado que en el caso de los copropietarios, pueden solicitar el cierre temporal respecto a la totalidad de las cuotas:

> CXXXII-2. INMOVILIZACIÓN TEMPORAL DE PARTIDAS DE PREDIOS SUJETOS A COPROPIEDAD
>
> *«Procede la inscripción de inmovilización temporal de partida respecto de la totalidad de cuotas ideales que ostenta un copropietario sobre un predio determinado, por mérito del artículo 977° del Código Civil y en aplicación de la Directiva núm. 008-2013-SUNARP-SN, aprobada por Resolución núm. 314-2013-SUNARP-SN»*[12].

Ahora bien, mediante Resolución num. 725-2015-SUNARP-TR-L, de 16.04.2015, se indicó que también puede solicitarse la inmovilización temporal de las cuotas ideales de parte del predio:

> SOLICITUD DE INMOVILIZACIÓN TEMPORAL DE LAS PARTIDAS DE PREDIOS SUJETOS A COPROPIEDAD.
>
> *«La solicitud de inmovilización temporal de las partidas puede recaer sobre la totalidad del predio o las cuotas ideales que detenta el copropietario sobre determinado predio, debiendo consignarse en caso de cuotas ideales, que se inmovilizan las cuotas ideales del otorgante».*

En caso de los cónyuges supérstites, mediante Resolución num. 733-2015-SUNARP-TR-L de 17.04.2015, se señaló que si bien no procede la inscripción de la inmovilización temporal de una partida sobre la totalidad del predio, puede solicitar que se inmovilicen las cuotas ideales que le corresponden a consecuencia del fenecimiento de la sociedad de gananciales.

Por otro lado, si bien el artículo 977 del Código Civil menciona el poder de disposición de los copropietarios respecto de su cuota, sin embargo, mediante resolución num. 009-2016-SUNARP-TR-L de 07/01/2016 el Tribunal señaló que la solicitud de inmovilización es un acto de administración:

> SOLICITUD DE INMOVILIZACIÓN TEMPORAL DE LAS PARTIDAS DE PREDIOS.
>
> *«Procede la inscripción de la inmovilización temporal de una partida en mérito a escritura pública otorgada ante el Notario situado en una provincia distinta a la provincia donde se encuentra situado el predio respectivo, ya que la solicitud de inmovilización no constituye un acto de disposición o de gravamen, sino un acto de administración».*

Esto ha tenido diferentes efectos, tanto en el tema de poderes como en la competencia de los Notarios.

En primer lugar, respecto a los poderes, si desea solicitarse su inscripción basta poderes generales, tal cual señala la Resolución num. 1992-2015-SUNARP-TR-L de 2 de octubre 2015[13]:

> FACULTADES PARA LA INMOVILIZACIÓN TEMPORAL DE LAS PARTIDAS DE PREDIOS.
>
> *«La inmovilización temporal de partidas tiene la naturaleza de un acto de administración. Por tanto, para inscribir la inmovilización temporal de la partida, solo se requiere poder general para actuar en representación del titular».*

Por otra parte, respecto a la competencia, la escritura pública puede ser otorgada por Notario distinto al del ámbito territorial del predio, tal cual lo indica la Resolución num. 480-2015-SUNARP-TR-T de 29/09/2015:

> INMOVILIZACIÓN TEMPORAL DE PARTIDA.
>
> *«La inmovilización temporal de partida es un acto de administración, por tanto, la escritura pública que se requiere para tal efecto puede ser otorgada ante un Notario de distinto ámbito territorial al de ubicación del predio».*

2. Documentos fraudulentos en el Registro y las prerrogativas de los afectados

El Registro tiene el fin, desde su creación, de proteger la seguridad del tráfico *(Verkehrsicherheit),* lo cual ha sido reconocido en el numeral 3 de la Ley de Creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos.

Lamentablemente, en nuestro medio esta protección se ha ido relativizando por los graves problemas de fraude inmobiliario, los cuales expusieron las deficiencias de nuestro sistema de transmisiones inmobiliarias, y que lamentablemente la SUNARP solo ha pretendido paliar.

No obstante ello, revisaremos a continuación las prerrogativas que tienen los titulares registrales cuando les afecta un caso de suplantación o falsificación de documentos sobre sus bienes inscritos.

A) El principio de legitimación y la falsedad documental

Los Registros Públicos en nuestro país tienen como uno de sus pilares el principio de legitimación, que se encuentra regulado en el artículo 2013 del Código Civil (modificado por la Ley 30313):

> Artículo 2013. *«El contenido del asiento registral se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique por las instancias registrales o se declare su invalidez por el órgano judicial o arbitral mediante resolución o laudo firme.*
>
> *El asiento registral debe ser cancelado en sede administrativa cuando se acredite la suplantación de identidad o falsedad documentaria y los supuestos así establecidos con arreglo a las disposiciones vigentes.*
>
> *La inscripción no convalida los actos que sean nulos o anulables con arreglo a las disposiciones vigentes»*[14].

Dicha presunción de certeza, tiene como uno de sus límites la determinación judicial o arbitral que la declara inválida, siendo que de ser efectiva dicha declaración la presunción queda enervada.

Ahora bien, dicho artículo originalmente tenía un contenido más general:

> Artículo 2013. *«El contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez».*

Tomando en consideración dicho artículo, es que el Tribunal adoptó como precedente:

> PRECEDENTE X.4.- PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN
>
> *«No procede denegar la inscripción de un título alegando la presunta falsedad de los documentos que originaron una inscripción anterior, en tanto no conste inscrita la nulidad del asiento»*[15, 16].

El fundamento era claro: toda vez que el procedimiento era no contencioso, no se admitían la oposición de terceros en el trámite, no se podía dejar sin efecto lo publicitado en el asiento, por lo que debía hacerse constar la inscripción de nulidad del asiento (situación que se ha modificado parcialmente tratándose de casos de falsificación y suplantación previstos en la Ley 30313, supuestos donde procede la oposición y el procedimiento se torna contencioso).

Vamos a verificar que dado que los supuestos de fraude aumentaron, las medidas legales (eficientes o no) brindaron la oportunidad de que los titulares registrales puedan buscar tutelar sus derechos que se afectan.

B) Anotación preventiva

En el año 2008, mediante la Sexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley del Notariado, Decreto Legislativo 1049 se dispuso lo siguiente (texto original):

> *«En el caso de inscripciones sustentadas en escrituras públicas en las que presumiblemente se habría suplantado al o a los otorgantes, el Notario ante quien se otorgó dicho instrumento, podrá solicitar al Registro Público, bajo su responsabilidad, una anotación preventiva, que tendrá una vigencia de un año contado a partir de la fecha del asiento de presentación. Si dentro de ese plazo, se anota la demanda judicial o medida cautelar que se refiera a este mismo hecho, dicha anotación judicial se correlacionará con la anotación preventiva y surtirá sus efectos desde la fecha del asiento de presentación de esta última. La interposición de estas acciones judiciales, corresponderá a aquellos que tengan interés legítimo en la nulidad de la inscripción obtenida con el título falsificado.*
>
> *Vencido el plazo de un año a que se refiere el primer párrafo, sin que se hayan anotado la demanda o medida cautelar, la anotación preventiva caduca de pleno derecho.*
>
> *En lo que resulte aplicable, las disposiciones complementarias primera y segunda se regirán por las disposiciones contenidas en el Reglamento General de los Registros Públicos».*

La pregunta que se generó fue qué sucede en aquellos casos en los cuales la partida ya había sido materia de una nueva transferencia, por lo que los presuntos suplantadores ya no eran titulares del predio. ¿Se protege al titular registral o al verdadero propietario?

Llamado de atención necesario es que en el presente caso en la discusión no se va a examinar la fe pública registral, sino solo que si en el ámbito registral se puede extender un asiento perjudicando el derecho de terceros, a partir de si tenían conocimiento o no la inexactitud de los registros.

Por ello, de un lado en las salas de Lima se tenía la posición:

> ANOTACIÓN PREVENTIVA DE SUPLANTACIÓN
>
> *«Procede extender la anotación preventiva que publicite la presunta suplantación de los otorgantes de una escritura pública, aun cuando en la partida registral se hubiesen extendido asientos posteriores de modificación de los derechos inscritos»*[17].

En cambio, la sala de Trujillo tenía como posición:

> ANOTACIÓN PREVENTIVA DE SUPLANTACIÓN
>
> *«No procede la anotación preventiva si en la partida registral constan inscritos derechos a favor de terceros ajenos al título de la presunta suplantación»*[18].

Siendo que se aprobó como acuerdo:

> ACUERDOS LXIX.3.-ANOTACIÓN PREVENTIVA DE SUPLANTACIÓN
>
> *«No procede la anotación preventiva si en la partida registral constan inscritos derechos a favor de terceros ajenos al título de la presunta suplantación»*[19].

Según la finalidad de los Registros, debe protegerse a los terceros de buena fe; sin embargo, en este caso el precedente es muy amplio, dado que se limita a señalar «derechos a favor de terceros», por lo que incluso podemos deducir la existencia de hipotecas, usos, usufructo u otros.

Téngase en cuenta que no se verifica en este caso la buena o mala fe de los adquirentes, la calificación no da para ello.

Ahora bien, este razonamiento que es aceptable en el ámbito registral, no debería trasladarse al ámbito judicial, dado que ahí sí podría evaluarse la prueba de forma plena.

No obstante lo antes mencionado, dicho acuerdo fue dejado sin efecto por lo dispuesto en el la Tercera Disposición de modificación de las disposiciones complementarias, transitorias y finales quinta y sexta del Decreto Legislativo 1049, ratificada en el artículo 68 del Reglamento de la Ley num. 30313[20], en cual se incluye la posibilidad que se anote preventivamente en el asiento irregular a favor de terceros.

En ese sentido la Resolución num. 697-2015-SUNARP-TR-A del 15 de octubre de 2015 señala:

> ANOTACIÓN PREVENTIVA POR PRESUNTA SUPLANTACIÓN.
>
> *«¿Conforme al quinto párrafo de la Sexta Disposición Complementaria y Final del Decreto Legislativo núm. 1049, modificado por la Ley núm. 30313, la anotación preventiva por presunta suplantación será procedente aunque el actual titular registral sea un tercero distinto al que adquirió un derecho sobre la base del instrumento notarial sujeto a la presunta suplantación?».*

C) En el procedimiento

Asimismo, se verificó que llegaban al Registro documentos falsos, lo cual fue afrontándose con interpretaciones restrictivas de los diferentes dispositivos registrales. Así, por ejemplo, en el pleno LXXXVII se señaló:

> 1. APELACIÓN DEL DESISTIMIENTO[21]
>
> *«La aceptación del desistimiento total de la rogatoria formulado por el presentante o representado pone fin al procedimiento registral.*

> *En consecuencia, no es procedente la apelación para dejar sin efecto dicho desistimiento.*
>
> *Lo expuesto no es de aplicación en caso de falsedad documentaria del desistimiento»*[22].

Es decir, para el caso en concreto, no se puede apelar la aceptación del desistimiento total del procedimiento (en especial en caso de discrepancia entre el representado y el representante), lo cual tiene su excepción en los casos en que el desistimiento haya sido materia de falsedad documentaria, lo cual se puede verificar en la práctica en los casos que quiera ser beneficiado con la prioridad en la calificación.

VII. CONCLUSIONES

I. El principio de fe pública registral en nuestro ordenamiento ha sido regulado considerando dos supuestos de hecho: la adquisición *a non domino* y la oponibilidad de la inscripción.

II. La circulación jurídica de los bienes inmuebles puede entenderse a partir de la distinción de los conceptos de *titularidad*, *legitimación* y *poder de disposición.*

III. Los supuestos de adquisición *a non domino* son aquellos en los cuales, a pesar de que el transferente no es el titular, el comprador adquiere válida y eficazmente.

IV. Nosotros asumimos que el poder de disposición es un acto de manifestación de la autonomía privada y que se ubica en la norma autorizante; para el caso materia de estudio, en el artículo 2014.

V. En los supuestos de adquisición *a non domino* de bienes inmuebles consideramos que debe realizarse una interpretación restrictiva del segundo párrafo del artículo 948 a los bienes hurtados y robados.

VI. En los casos de la fe pública registral consideramos que la buena fe del tercero es de diligencia, la cual no se extiende a la verificación de la posesión y solo en supuestos excepcionales al título archivado.

VII. En los casos de falsificación de documentos no se aplica la fe pública registral, dado que a pesar de configurarse un supuesto de nulidad por ausencia de manifestación de voluntad, no existe título en la adquisición del otorgante emitido por el verdadero propietario.

VIII. La inscripción del derecho por parte del tercero registral debe realizarse para lograr mayor oponibilidad.

Lima, enero de 2017.

NOTAS

[1] Real Academia Española (2001), http://lema.rae.es/drae/?val=fides.

[2] Real Academia Española (2001), http://lema.rae.es/drae/?val=p%C3%pública.

[3] Como antecedentes debe tenerse en cuenta que, a diferencia de Grecia, en Roma tarda su aparición dada su vocación más por lo oral que por la escritura. Incluso se señala que la aparición del término «notario» se encuentra recién en Séneca (Apocolocyntosis 9, 2).

[4] *«2. Gegenüber gutgläubigen Dritten.*

1. Wer sich in gutem Glauben auf einen Eintrag im Grundbuch verlassen und daraufhin Eigentum oder andere dingliche Rechte erworben hat, ist in diesem Erwerbe zu schützen. 2. Diese Bestimmung gilt nicht für Grenzen von Grundstücken in den vom Kanton bezeichneten Gebieten mit Bodenverschiebungen».

5. *«Este artículo o sus similares constituyen en todo sistema registral donde aparecen la médula central de su estructura y la expresión más clara de los alcances de la protección que el registro brinda al tráfico patrimonial».* Exposición de Motivos oficial del Código Civil. Iniciativa y Exposición de Motivos de las Modificaciones del Código Civil. Ed. Cultural Cuzco, Lima, 2004, p. 239.

[6] Véase *supra*.

[7] «Atestación. f. Deposición de testigo o de persona que testifica o afirma algo». Real Academia Española, 2001. http://lema.rae.es/drae/?val=atestación.

[8] En este extremo discrepamos con Mota Pinto cuando señala que las nulidades o anulabilidades funcionan en «*face de terceiros*». (MOTA PINTO, 1985, pp. 369-370).

[9] Artículo 3 de la Ley num. 26366.

[10] Véase «¡Alerta registral! Un servicio útil de la SUNARP y un breve acercamiento al principio de consentimiento formal alemán». Revista *Actualidad Jurídica*, tomo 179, octubre de 2008.

[11] Lo cual tampoco es tan rígido tal cual lo señala el numeral 6.4 de la Directiva que líneas abajo desarrollaremos.

[12] Criterio sustentado en la Resolución núm. 390-2014-SUNARP-TR-A de 4 de agosto de 2014. Sesión ordinaria, modalidad presencial, realizada el día 27 de agosto de 2015.

[13] En el mismo sentido, la Resolución núm. 1748-2015-SUNARP-TR-L de 4 de septiembre de 2015.

[14] Según lo dispuesto en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley núm. 30313, publicada el 26 de marzo de 2015.

[15] X Pleno. Sesión ordinaria realizada los días 8 y 9 de abril de 2005. Publicado en el diario oficial *El Peruano*, el 9 de junio de 2005. Criterio adoptado en las Resoluciones num. 229-2004-SUNARP-TR-L, del 16 de abril de 2004; num. 185-2004-SUNARP-TR-L, del 31 de marzo 2004; num. 102-2004-SUNARP-TR-L, del 20 de febrero de 2004, y num. 139-2004-SUNARP-TR-L, de 11 de marzo de 2004.

[16] Fundamento de ello lo encontramos en las Resoluciones num. 229-2004-SUNARP-TR-L, num. 185-2004-SUNARP-TR-L, num. 102-2004-SUNARP-TR-L y num. 139-2004-SUNARP-TR-L.

[17] Criterio sustentado en la Resolución num. 1641-2009-SUNARP-TR-L, de 4 de noviembre de 2009.

[18] Criterio sustentado en la Resolución num. 668-2009-SUNARP-TR-T, de 4 de diciembre de 2009.

[19] LXIX Pleno. Sesión ordinaria y presencial, realizada el 17 de diciembre de 2010.

[20] Aprobado mediante Decreto Supremo 10-2016-JUS.

[21] Sesión ordinaria presencial realizada el día 13 de abril de 2012. Publicado en el diario oficial *El Peruano*, el 10 de mayo de 2012.

[22] Criterio adoptado mediante Resolución num. 199-2012-SUNARP-TR-A, de 26 de abril de 2012.

(Trabajo recibido el 17-2-2017 y aceptado para su publicación el 27-2-2017)

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Coordinado por Juan José JURADO JURADO

Registro de la Propiedad

por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resoluciones de 8-11-2016 (8 Resoluciones)
(*BOE* 2-12-2016)
Registro de la Propiedad de Cieza, número 1

SERVIDUMBRE DE AGUAS: REQUISITOS DE INSCRIPCIÓN. CONTROL DE LOS MEDIOS DE PAGO: CALIFICACIÓN REGISTRAL.

La Ley de Aguas de 1985, además de incluir en el dominio público hidráulico del Estado los acuíferos y las aguas subterráneas, estableció un régimen transitorio para quienes a su entrada en vigor ya ostentaban derechos sobre aguas privadas procedentes de pozos o galerías a título de propietario o, si se prefiere, como facultad accesoria de su derecho de propiedad de la tierra. En este punto, la Resolución de 23 de abril de 2005 ya consideró que, no obstante la consideración como aguas privadas y aun constando previamente la existencia del pozo en el Registro, para hacer constar el derecho a un caudal determinado de agua es preciso acreditar la previa inscripción en el catálogo de aguas. A la vista de la disposición transitoria tercera bis de la Ley de Aguas, para constituir un derecho de servidumbre que suponga una modificación de la ubicación y/o de la superficie sobre la que se aplica el recurso en el caso de aprovechamiento de regadío, será preciso, para conseguir su inscripción en el Registro de la Propiedad, justificar mediante la correspondiente certificación del registro competente de aguas, la existencia de la oportuna concesión que ampare la totalidad de la explotación, tal y como dispone la disposición transitoria tercera, apartado 3, del texto refundido de la Ley de Aguas, o que, pese a dichas modificaciones de uso, ubicación o variación de superficie, las aguas siguen teniendo carácter pri-

vado (disposición transitoria segunda de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional).

Por lo que se refiere a la correcta descripción de la servidumbre, para que puede entenderse cumplido el principio de determinación, debe recordarse la doctrina reiterada de este Centro Directivo que la inscripción del derecho de servidumbre debe expresar su extensión, límites y demás características configuradoras, como presupuesto básico para la fijación de los derechos del predio dominante y las limitaciones del sirviente y, por tanto, no puede considerarse como suficiente a tal efecto, la identificación que de aquellas se efectúa cuando se convienen indeterminaciones sobre datos esenciales que afectan a las facultades de inmediato uso material que las servidumbres confieren, con la consiguiente vinculación, sin límites temporales en este supuesto, de la propiedad en una extensión superior a la exigida por la causa que justifica la existencia de la servidumbre. También ha reconocido esta Dirección General, la evidente dificultad que en ocasiones plantea la descripción de ciertas servidumbres y su más fácil expresión gráfica en un plano, concluyendo que se ha de permitir que en la inscripción a practicar se recojan los elementos esenciales del derecho y la misma se complemente en cuanto a los detalles a través de un plano cuya copia se archive en el Registro y al que se remita el asiento.

Por lo que se refiere al último de los defectos recurridos, esto es el relativo a la necesidad de acreditar los medios de pago del precio en su día pactado en el contrato privado de venta ahora elevado a público, procede también ratificar la nota de calificación recurrida siguiendo la doctrina reiterada de este Centro Directivo. Por lo que se refiere a la concreta calificación registral impugnada se indica que la comunidad de regantes «ha recibido e ingresado en la Caja Social, bien por ingreso o transferencia o bien mediante pago en metálico en las oficinas de esta Comunidad en las fechas y por los titulares de las fincas que seguidamente se dirán, las cantidades correspondientes al pago por el riego». Por tanto, se «expresa defectuosamente», impidiendo dar por debidamente cumplidas las previsiones legales anteriormente expuestas; debiendo confirmarse la nota de calificación en tal extremo.

Resolución de 10-11-2016
(*BOE* 2-12-2016)
Registro de la Propiedad de Cáceres, número 2

EXPEDIENTE DE DOMINIO ANTERIOR A LA LEY 13/2015: ÁMBITO.

La Resolución de 15 de diciembre de 2015 declaró que «no se admite la posibilidad de reanudación de tracto sucesivo a través de expediente de dominio cuando el promotor sea causahabiente del titular registral ya que en tales casos no hay verdadero tracto interrumpido y lo procedente es aportar el título de adquisición» y que «no hay verdadera interrupción del tracto, al haber adquirido el promotor del expediente directamente del titular registral». Debe concluirse que en el presente caso, en el que el promotor del expediente de dominio adquiere de persona que no es la titular registral, ni heredero único de la titular registral —véase la Resolución de 14 de abril de 2016— sí que concurre la hipótesis habilitante para permitir conceptualmente, si concurrieran los demás requisitos procedimentales pertinentes, que el promotor obtenga judicialmente un pronunciamiento para la reanudación del tracto a su favor con cancelación de la inscripción registral contradictoria.

Aunque del escrito del recurso sí resulta con claridad cuál fue tal modo de adquisición, no consta que tal extremo figurase explicitado en la documentación presentada en el Registro de la Propiedad, por lo que no pudiéndose basar la resolución del presente recurso en extremos aportados en vía de recurso pero no presentados oportunamente ante el Registrador, este defecto sí ha de ser confirmado, pues el artículo 326 de la Ley Hipotecaria señala que «el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma», defecto, no obstante, fácilmente subsanable.

Del examen conjunto de ambos preceptos, anterior y posterior respectivamente a la Ley 13/2015, resulta que la escritura pública no es el único título formal en el que puede declararse la existencia de edificaciones para su constancia registral, sino que basta que se hagan constar «en los títulos referentes al inmueble», y de entre tales títulos no cabe excluir al auto judicial recaído en un expediente de dominio. Por lo tanto, ha de revocarse el concreto defecto señalado por la Registradora cuando afirma que el expediente de dominio «no es medio hábil para inscribir tal mayor superficie construida, para lo cual debe hacerse la correspondiente declaración de obra nueva». Todo ello sin perjuicio de la exigencia de cumplimiento de los demás requisitos exigidos en cada caso por la Ley de Suelo y en su caso, por la Ley de Ordenación de la Edificación.

Resolución de 10-11-2016
(*BOE* 2-12-2016)
Registro de la Propiedad de El Ejido, número 2

ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: CONSTITUIDO POR EL USUFRUCTUARIO.

Conforme a los artículos 480 del Código Civil y 10 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, los arrendamientos otorgados por usufructuarios se resolverán al extinguirse el derecho del arrendador, salvo que no haya terminado el año agrícola, en cuyo caso subsistirán hasta que este concluya.

El artículo 175 del RH dispone: «en consecuencia de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 82 de la Ley, la cancelación de las inscripciones cuya existencia no dependa de la voluntad de los interesados en las mismas se verificará con sujeción a las reglas siguientes: Primera. Las inscripciones de hipoteca y demás gravámenes sobre el derecho de usufructo se cancelarán a instancia del dueño del inmueble con solo presentar el documento fehaciente que acredite la conclusión de dicho usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario». Por tanto, siendo claro que el arrendamiento concertado por el titular del usufructo es un gravamen del usufructo mismo, su cancelación no puede exigirse por un hecho dependiente de la voluntad del usufructuario. Además, para excluir tal hipótesis, el artículo 1256 del Código Civil, señala que «la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes».

En consecuencia, y aplicando el mismo principio general para el caso planteado en el presente recurso, cuando un usufructo gravado con un derecho de arrendamiento, que además consta inscrito, se transmite al nudo propietario, no se produce una completa y perfecta consolidación del usufructo con la nuda propiedad, ni se produce la extinción del arrendamiento inscrito, sino que dicho arrendamiento sigue vigente y no puede ser cancelado hasta que se produzca el

vencimiento del plazo inscrito de dicho arrendamiento, o, como señala el artículo 175 del RH, se «acredite la conclusión de dicho usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario».

Resolución de 10-11-2016
(*BOE* 2-12-2016)
Registro de la Propiedad de Sueca

HIPOTECA: CLÁUSULA SUELO. HIPOTECA: PACTOS INSCRIBIBLES.

El presente expediente se refiere a una escritura de préstamo hipotecario con intereses remuneratorios variables, entre un acreedor entidad de crédito y unos prestatarios personas físicas, y en el que la finca gravada es una vivienda que no se va a destinar a su domicilio habitual. La cuestión que se debe resolver consiste en la determinación de si en los préstamos hipotecarios a interés variable en que se pacte que la parte deudora nunca podrá beneficiarse de descensos a intereses negativos, es decir, que no podrá recibir importe alguno como en tales supuestos, es precisa la confección de la expresión manuscrita por parte del deudor de comprender los riesgos que asume.

El precepto objeto de debate es el artículo 6 de la Ley 1/2013. Al interpretar esta norma debe tenerse en cuenta, como reiteradamente ha puesto de manifiesto este Centro Directivo, que se ubica en el Capítulo II de la citada Ley 1/2013, de 14 de mayo, bajo la rúbrica del «fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos hipotecarios», artículo que como expresa el Preámbulo de la Ley, introduce mejoras en el mercado hipotecario que se adoptan «como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, dictada en el asunto por el que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993». Como puso de relieve esta Dirección General en Resolución 5 de febrero de 2014, la valoración de las denominadas «cláusulas suelo» se incardina en el ámbito del control de inclusión y de transparencia de los contratos con condiciones generales de la contratación, pues se trata de un control previo al del contenido o abusividad.

Sobre tal extremo el Registrador, como señala la Resolución de esta Dirección General de 13 de septiembre de 2013, no solo puede sino que debe comprobar si han sido cumplidos los requisitos de información establecidos en la normativa vigente, pues se trata de un criterio objetivo de valoración de dicha transparencia. En este sentido, la reiterada Sentencia del TS de 9 de mayo de 2013, reconociendo que corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, añade que «también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta», a lo que añade la citada Sentencia que «el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE dispone que «La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato (...) siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible», precepto del que extrae a contrario *sensu* que "las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se someten a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible"». Esta obligación de claridad y transparencia se controla a través de un doble filtro. El primero es aplicable a todo contrato con condiciones

generales de la contratación, con independencia de que en el mismo intervenga o no un consumidor, a través del llamado control de incorporación o inclusión de la cláusula al contrato (*vid.* art. 7 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación). El segundo filtro, limitado, según doctrina mayoritaria, al caso de los contratos con consumidores, se articula a través del control de transparencia. La caracterización básica que define el control de transparencia, como ha puesto de manifiesto la doctrina y resulta especialmente de las expresadas STS de 9 de mayo de 2013 y 8 se septiembre de 2014, responde a la expansión conceptual del principio de buena fe, como presupuesto tanto del control de eficacia de las condiciones generales, como de fuente de creación de especiales deberes por parte del predisponente, que, por ejemplo, en este ámbito de las cláusulas limitativas de los tipos de interés se proyectarían en una adecuada diferenciación de las mismas a través de su inclusión en una cláusula propia, o su indicación en párrafo separado y con letras en negrita, mayúsculas o subrayado, y la información sobre escenarios posibles o de la evolución histórica de los tipos de interés adoptados. A la luz de estos claros criterios jurisprudenciales se debe realizar la valoración del defecto opuesto en la calificación impugnada.

Pues bien, es este control previo y doble de incorporación y transparencia el que se ha visto reforzado por el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, cuya interpretación se ha de hacer partiendo del contexto legal y jurisprudencial, nacional y comunitario, que se ha expuesto en el precedente fundamento, contexto que condiciona la validez de las cláusulas hipotecarias al cumplimiento de los requisitos legales tendentes a asegurar una compresibilidad real de las mismas por parte del prestatario. Es decir, frente a la opinión de quienes defienden una interpretación restrictiva del indicado artículo, debe prevalecer una interpretación extensiva pro-consumidor en coherencia con la finalidad legal de favorecer respectivamente la información, comprensibilidad y la protección de los usuarios de servicios financieros (*vid.* Resolución de 29 de septiembre de 2014). El control de inclusión o incorporación al contrato de las cláusulas de los contratos sobre servicios financieros que revistan caracteres de condición general de la contratación, viene regulado en la actualidad por la Orden EHA/2.899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que impone determinados deberes de información a las entidades prestamistas y al Notario que autoriza la correspondiente escritura. Por ello, para asegurar la existencia de dicha transparencia, el referido artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, ha regulado, en el ámbito de los préstamos y créditos hipotecarios, un requisito especial: «la expresión manuscrita» del prestatario acerca de su real comprensión del riesgo que asume.

El pago de intereses —los negativos— por parte del acreedor en favor del prestatario no transforma el préstamo convirtiéndolo en un depósito retribuido, como se alega por algún sector doctrinal, porque la causa jurídica de ambos contratos es distinta y tal pago carece de virtualidad para alterar la obligación del deudor de devolución del dinero recibido por cuotas en los plazos pactados, en una obligación de devolución íntegra a solicitud del depositante o prestamista (arts. 1766 y 1775 del Código Civil), y porque cuando el depositario tiene permiso para servirse del dinero depositado, el contrato pierde el concepto de depósito y se convierte en un préstamo (art. 1768 del Código Civil). Igualmente irrelevante para la aplicación del citado artículo 6 de la Ley 1/2013 resulta la afirmación del Notario recurrente de que la cláusula citada es la aclaración de una condición esencial del contrato derivada del sistema de amortización francés pactado. Por

tanto, si el prestamista, en ejercicio de su legítimo derecho, predispone una cláusula que limite o excluya la posibilidad de que devenguen intereses a favor del prestatario, aunque sea a efectos aclaratorios de los efectos típicos del contrato o del significado de una de las cláusulas pactadas, su incorporación al contrato de préstamo hipotecario exigirá, por disposición imperativa y como canon de transparencia, la aportación de la repetida expresión manuscrita.

Cuando la calificación del Registrador sea desfavorable, es exigible, de conformidad con los principios básicos de todo procedimiento y con arreglo a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese además de una motivación jurídica suficiente, la determinación de las concretas cláusulas o partes de las mismas suspendidas de inscripción, para que los interesados puedan conocer con claridad y precisión los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación.

La siguiente objeción del Registrador que ha sido recurrida se refiere a la cláusula financiera cuarta «comisiones», respecto de la que se suspende la inscripción del apartado 4.2. «comisión por subrogación», el inciso: «Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la Cláusula 12.a que se refiere a la "Subrogación de los adquirentes en el préstamo"; por carecer de trascendencia real, en tanto dicha cláusula no es objeto de reflejo registral, como se indicará posteriormente (arts. 9 y 98 de la LH 9 y 51.6.a de su Reglamento)». Por su parte, la citada cláusula duodécima «subrogación de los adquirentes», se suspende también por cuanto la regulación de la subrogación por terceros adquirentes de la finca hipotecada, carece de trascendencia real (arts. 9 y 98 de la LH 9 y 51.6.a de su Reglamento). Estas dos estipulaciones pueden denegarse alegando exclusivamente que se trata de un pacto de naturaleza personal sin más motivación, como ya ha manifestado este Centro Directivo en diversas Resoluciones (Resoluciones de 30 de marzo y 28 de abril de 2015, entre otras).

Es criterio de esta Dirección General que la cláusula de vencimiento anticipado relativa a la muerte o concurso del fiador no es inscribible porque el fallecimiento o concurso del fiador no afecta en modo alguno ni al derecho real de hipoteca ni a la solvencia del deudor, ni tampoco a la determinación de la garantía ni a sus posibilidades de ejecución, por ser la fianza una institución ajena al Registro de la Propiedad.

En consecuencia, se confirma en cuanto a este defecto la calificación registral.

En cuanto al vencimiento anticipado del préstamo por no destinarse el dinero entregado a la finalidad convenida, en primer lugar, porque, en la medida en que el préstamo se vincula a la adquisición del inmueble hipotecado, como en este caso, o a cualquier otra finalidad relacionada directamente con el mismo (su construcción, rehabilitación o explotación), contribuye a la identificación de la obligación garantizada y se constituye en motivo de especial relevancia de la concesión. En segundo lugar, porque, en determinados supuestos, la finalidad del préstamo puede determinar el contenido de ciertas estipulaciones contractuales o de consecuencias procesales determinadas, como cuando el destino pactado es la adquisición de la vivienda habitual (ej. arts. 114, párrafo tercero, de la LH, o 579 y 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), o nos encontramos ante préstamos oficiales para la financiación empresarial (Instituto de Crédito Oficial) o ante acuerdos de refinanciación y extrajudiciales de pagos recogidos en la legislación concursal.

En cuanto al vencimiento anticipado por la ausencia del reembolso por el prestatario de las obligaciones dinerarias que siendo de su cuenta hubieren sido

anticipadas por el acreedor, se considera inscribible porque el incumplimiento de esas obligaciones dinerarias derivadas de la conservación de los bienes dados en garantía o que estén directamente vinculadas a los mismos y puedan constituir cargas preferentes (ej. gastos de la comunidad horizontal, seguros de daños o Impuesto sobre Bienes Inmuebles), dada la importancia del mantenimiento de la suficiencia del valor de la garantía hipotecaria (art. 117 de la LH) y de la conservación de la preferencia de cobro de la misma, deben posibilitar el vencimiento del préstamo en cuanto incumplimiento de obligaciones de especial relevancia a tales fines (Resoluciones de 20 de mayo de 2000 y de 22 de marzo de 2001, entre otras).

No resulta inscribible el pacto de compensación de créditos (cuentas, depósitos, etc.), ni con relación a la posibilidad de reclamar el pago de la deuda a otros obligados, ya que se trata de pactos que transcienden a la garantía hipotecaria y carecen de eficacia real, al prever formas de pago alternativas a la ejecución de la hipoteca, por lo que respecto de los mismos debe desestimarse el recurso. El mismo criterio se debe mantener respecto de pacto de imputación de pagos genérico que ha sido objeto de suspensión, el cual faculta al acreedor para aplicar, a su libre elección, las cantidades que reciba del prestatario a cualquiera de las operaciones financieras que mantenga con el mismo.

Otra cosa sería el pacto de imputación forzosa de la cantidades recibidas al pago, por el orden convenido, de las distintas obligaciones principal, accesorias o complementarias vinculadas al préstamo (capital, intereses ordinarios, intereses moratorios y gastos); ya que dicha imputación va a determinar, en su caso, la cantidad reclamada en la demanda ejecutiva por los distintos conceptos garantizados y, en su momento, el concreto pago al actor del precio del remate, pues la cuantificación del mismo dependerá de la cantidad reclamada por cada concepto y del importe de la respectiva responsabilidad hipotecaria, ya que no se puede entregar al ejecutante por cada uno de los conceptos garantizados cantidad alguna que exceda de la respectiva cobertura hipotecaria (art. 692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

La renuncia o voluntad de no revocar la hipoteca inscrita, bien no requiriendo la aceptación del acreedor o bien no cancelándola transcurridos los dos meses desde que tuvo lugar el requerimiento, resulta una cláusula abusiva cuando sea aplicable, como ya se ha analizado ocurre en este caso, la legislación de protección de los consumidores. Así, esta cláusula, en cuanto implica la renuncia a un derecho concedido por Ley al prestatario consumidor por el artículo 141 de la LH (requerimiento al acreedor para que acepte y cancelación unilateral de la hipoteca transcurridos dos meses), se puede encuadrar dentro de las cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos de los consumidores (art. 86 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) o por afectar al perfeccionamiento y ejecución del contrato (art. 89 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), en la medida que impone al prestatario ciertas obligaciones para evitar los riesgos derivados de la falta de diligencia por parte del acreedor en el cumplimiento de las suyas propias (STS de 16 de diciembre de 2009).

Lo que es excluido realmente del Registro es la obligación de que en el seguro figure como beneficiario el banco, que las indemnizaciones derivadas del seguro o de las expropiaciones forzosas se destinen al pago de las cantidades derivadas del contrato —incluso las no vencidas—, y el régimen de la subrogación real de los importes percibidos en caso de que las obligaciones no estuvieran vencidas. Tales pactos, si bien es cierto, como señala el Registrador en su nota de calificación,

son reproducción de previsiones legales o desarrollo permitido por las mismas, deben considerarse inscribibles en la medida que la hipoteca se extiende naturalmente a las mismas (arts. 109 y 110.2 de la LH). Sin embargo, de este régimen debe exceptuarse las indemnizaciones derivadas de la expropiación forzosa de la finca hipoteca porque su destino y procedimiento viene fijado por la Ley (art. 42 Ley sobre expropiación forzosa), no siendo susceptible de pacto y, además, la obligatoria citación del acreedor hipotecario en el expediente expropiatorio (art. 4.2 de la Ley sobre expropiación forzosa) permitirá la defensa del mayor valor posible para la finca hipotecada (Resolución de 18 de marzo de 2008). Esta cláusula solo sería admisible si contiene la previsión de la posibilidad por parte del deudor de sustituir la garantía desaparecida por otras nuevas e igualmente seguras de conformidad con el artículo 1129.3 del Código Civil.

Respecto a la prohibición de arrendar por debajo de una determinada renta que se fija, debe considerarse no inscribible porque, aparte de disponerlo así con carácter general el artículo 27 de la LH, según la STS de 16 de diciembre de 2009, tales pactos, como pone de manifiesto la nota de calificación, solo son admisibles en relación con aquellos supuestos de arriendo que no estén sujetos al sistema de purga de cargas en caso de ejecución de una hipoteca anterior.

Por último, se suspende también la inscripción de las cláusulas decimotercera: «apoderamiento»; decimocuarta: «anotación de suspensión», la de «tratamiento de datos personales», la de «declaración específica: condiciones generales de la contratación, y no adhesión a arbitraje de consumo» y la de «autorización», por tratarse de estipulaciones carentes de trascendencia real (arts. 9 y 98 de la LH, 9 y 51.6.a de su Reglamento). Lo cierto es que ninguna de las cláusulas de este grupo tienen el carácter de estipulación financiera, ni contribuyen a la delimitación de la obligación garantizada o del derecho real de garantía, ni son susceptibles de garantía hipotecaria, ni tampoco se articulan como causa de vencimiento anticipado del préstamo, por lo que pueden ser suspendidas con la única motivación de carecer de transcendencia real; procediendo, por tanto, en cuanto a las mismas, la desestimación del recurso.

Resolución de 15-11-2016
(*BOE* 2-12-2016)
Registro de la Propiedad de Valdepeñas

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE. RECTIFICACIÓN DE CABIDA: PROCEDIMIENTO.

En cuanto a la situación tabular, la finca aparece inscrita a favor de los cónyuges don P. J. A. y doña R. S. C. sin que conste en el Registro su fallecimiento ni realizada partición alguna. Tampoco resulta de la documentación obrante en el expediente que se haya producido la aceptación de la herencia. En los casos en que interviene la herencia yacente, la doctrina de este Centro Directivo, impone que toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse bien mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente (Resoluciones de 27 de mayo y 12 de julio de 2013, 8 de mayo de 2014, 5 de marzo de 2015 y demás citadas en los «Vistos»). Por eso parece razonable restringir la exigencia de nombramiento de administrador

judicial, al efecto de calificación registral del tracto sucesivo, a los supuestos de demandas a ignorados herederos; pero considerar suficiente el emplazamiento efectuado a personas determinadas como posibles llamados a la herencia.

A partir de la entrada en vigor de la reforma de la LH operada por la Ley 13/2015, cabe enunciar los medios hábiles para obtener la inscripción registral de rectificaciones descriptivas y sistematizarlos en tres grandes grupos: —Los que solo persiguen y solo permiten inscribir una rectificación de la superficie contenida en la descripción literaria, pero sin simultánea inscripción de la representación gráfica de la finca, como ocurre con los supuestos regulados en el artículo 201.3, letra a, y letra b de la LH; —El supuesto que persigue y permite inscribir rectificaciones superficiales no superiores al 10% de la cabida inscrita, pero con simultánea inscripción de la representación geográfica de la finca. Este concreto supuesto está regulado, con carácter general, en el artículo 9, letra b), de la LH, y tampoco está dotado de ninguna tramitación previa con posible intervención de colindantes y terceros; —Y, finalmente, los que persiguen y potencialmente permiten inscribir rectificaciones descriptivas de cualquier naturaleza (tanto de superficie como linderos, incluso linderos fijos), de cualquier magnitud (tanto diferencias inferiores como superiores al 10% de la superficie previamente inscrita) y además obtener la inscripción de la representación geográfica de la finca y la lista de coordenadas de sus vértices (así ocurre con el procedimiento regulado en el art. 199 y con el regulado en el art. 201.1).

Es indiscutible que para proceder a cualquier rectificación de la descripción es preciso que no existan dudas sobre la realidad de la modificación solicitada, fundadas en la previa comprobación, con exactitud, de la cabida inscrita, en la reiteración de rectificaciones sobre la misma o en el hecho de proceder la finca de actos de modificación de entidades hipotecarias, como la segregación, la división o la agregación, en los que se haya determinado con exactitud su superficie (cfr. último párrafo del art. 201.3 de la LH). Como ha reiterado este Centro Directivo, siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del Registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados.

Resolución de 15-11-2016
(*BOE* 2-12-2016)
Registro de la Propiedad de Durango

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: HERENCIA YACENTE. ARRENDAMIENTOS URBANOS: PLAZAS DE GARAJE.

En cuanto al primero de los defectos de la nota de calificación, se trata nuevamente de dilucidar en este expediente si es inscribible un decreto de adjudicación dictado en procedimiento de ejecución hipotecaria seguido frente a la herencia yacente y los herederos desconocidos e inciertos del titular registral cuando no consta el nombramiento e intervención de un defensor judicial de la herencia yacente. En los casos en que interviene la herencia yacente, la doctrina de este Centro Directivo, impone que toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse bien mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente (Resoluciones de 27 de mayo y 12 de julio

de 2013, 8 de mayo de 2014, 5 de marzo de 2015 y demás citadas en los «Vistos»). Por eso parece razonable restringir la exigencia de nombramiento de administrador judicial, al efecto de calificación registral del tracto sucesivo, a los supuestos de demandas a ignorados herederos; pero considerar suficiente el emplazamiento efectuado a personas determinadas como posibles llamados a la herencia. Como resulta de los fundamentos de Derecho tercero y cuarto de la STS de 3 de marzo de 2011, para evitar la indefensión es preciso que se haya cumplido con la obligación de averiguar los domicilios de los desconocidos herederos demandados, por lo que la citación por medio de edictos fijados en el tablón de anuncios e incluso la notificación de la sentencia de primera instancia a través de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* requiere que, previamente, se hubieran agotado todos los medios de averiguación que la Ley de Enjuiciamiento Civil impone. Y en el caso de la herencia yacente aunque sea una masa patrimonial, se ha de intentar la localización de quien pueda ostentar su representación en juicio.

El hecho de que la única heredera testamentaria del causante, su hija doña S. G. S., así como los padres y hermana del difunto hubieran renunciado a sus derechos hereditarios y lo hiciesen constar en autos, provocó la notificación por edictos. Asimismo interviene en el procedimiento la ejecutada y copropietaria de los bienes, doña M. G. R., quien según el recurrente era pareja del deudor fallecido. De la documentación obrante en el expediente, salvo la constancia en el certificado de defunción del término «compañera» referido a doña M. G. R como declarante, no resulta acreditado el requisito de la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho. Ahora bien, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en este expediente, en el que se han efectuado reiteradas averiguaciones tendentes a identificar a los herederos del titular registral, las renuncias sucesivas de los herederos identificados como tales y la intervención en el procedimiento de doña M. G. R., actuando en defensa de la posición de la herencia yacente y herederos desconocidos de don F. G. L., como ratifica en las alegaciones la Letrado de la Administración de Justicia, no puede concluirse que se haya producido indefensión. En consecuencia el defecto debe revocarse.

Ciertamente el destino de la finca es determinante para establecer los requisitos para proceder a la inscripción de la adjudicación, dado que en el caso de que la finca arrendada sea un garaje, como ha manifestado esta Dirección General en su Resolución 3 de marzo de 2004 y reiterado en otras posteriores, como la más reciente de 12 de febrero de 2016, el arrendamiento de plazas de garaje no está sometido a la Ley de Arrendamientos Urbanos, salvo en el caso de que el arrendamiento de la plaza sea accesorio del de la vivienda, y ello porque, a los efectos de la misma debe considerarse que tales plazas de garaje no constituyen edificación, ya que en ellas la edificación es algo accesorio, siendo lo esencial la posibilidad de guardar un vehículo; tales plazas de aparcamiento no se hallan enumeradas en los supuestos de arrendamiento para uso distinto de vivienda a que se refiere el artículo 3.2 de la Ley —siquiera esta enumeración sea ejemplificativa—, ni en la Exposición de Motivos de la Ley cuando dice en su apartado 3 que «la ley abandona la distinción tradicional entre arrendamientos de vivienda y arrendamientos de locales de negocio y asimilados para diferenciar entre arrendamientos de vivienda, que son aquellos dedicados a satisfacer la necesidad de vivienda permanente del arrendatario, su cónyuge o sus hijos dependientes, y arrendamientos para usos distintos al de vivienda, categoría esta que engloba los arrendamientos de segunda residencia, los de temporada, los tradicionales de local de negocio y los asimilados a estos». Pero la documentación justificativa de las alegaciones de la recurrente no fue puesta a disposición del Registrador en el tiempo en que este emitió su

calificación sino en un momento posterior, no pudiendo ser tenida en cuenta para la resolución de este recurso conforme a lo dispuesto en el artículo 326 de la LH, sin perjuicio de su posterior presentación a efectos de subsanar el defecto que, en base a las anteriores consideraciones, debe confirmarse.

Resolución de 15-11-2016
(*BOE* 2-12-2016)
Registro de la Propiedad de Sant Mateu

IDENTIFICACIÓN DE LOS COMPARECIENTES EN LA ESCRITURA PÚBLICA: FUNCIONES DE NOTARIOS Y REGISTRADORES.

Por el valor que la ley atribuye al instrumento público, es presupuesto básico para la eficacia de este la fijación con absoluta certeza de la identidad de los sujetos que intervienen, de modo que la autoría de las declaraciones contenidas en el instrumento quede establecida de forma auténtica, mediante la individualización de los otorgantes. Por ello, el artículo 23 de la Ley del Notariado, como requisito esencial de validez del instrumento público, impone al Notario autorizante la obligación de dar fe de que conoce a las partes o de haberse asegurado de su identidad por los medios supletorios establecidos en las leyes y reglamentos. Ciertamente, en el supuesto de este expediente, el Notario autorizante ha cumplido todas las exigencias de la Ley y del Reglamento en cuanto a la identificación de los otorgantes. Por lo tanto, no se puede cuestionar la identidad de los comparecientes, pues es una competencia del Notario que no incumbe al Registrador.

En la calificación registral, respecto de los nacionales otorgantes de aquellos países en los que no varía el número del documento oficial de identificación, el Registrador deberá comprobar su exacta correspondencia con la numeración obrante en el Registro de la Propiedad, al objeto de evitar que personas con iguales nombres y apellidos y que hayan sido debidamente identificados por el Notario puedan usurpar la identidad de los titulares registrales. Pero respecto de los nacionales de aquellos países (como Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte) en los que se produce una alteración en los números de identificación del documento oficial de identificación, debe entenderse suficiente la declaración que realice el Notario, bajo su responsabilidad, de la correspondencia del compareciente con el titular registral, salvo que el Registrador, motivando adecuadamente, no considere suficiente dicha aseveración. Ciertamente estos supuestos de alteración de los números del documento oficial de identificación serán cada vez menos frecuentes dada la actual exigencia de hacer constar los NIEs de los extranjeros en las inscripciones registrales (cfr. art. 254 LH según redacción dada por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre), numeración que no varía.

Resolución de 15-11-2016
(*BOE* 3-12-2016)
Registro de la Propiedad de Valdemoro

PATRIA POTESTAD: CONFLICTO DE INTERESES.

Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de liquidaciones de sociedades de gananciales y adjudicación de herencia en la que

concurren las circunstancias siguientes: concurren la primera esposa del causante y la viuda, los dos hijos de primer matrimonio, y está representada la hija del segundo matrimonio por su madre en ejercicio de patria potestad; se liquidan las dos sociedades de gananciales de sendos matrimonios y se adjudica la herencia del causante; los bienes se adjudican en la forma y en su caso porciones indivisas y usufructos que resultan de las instituciones de herencia y legados, a excepción de una vivienda que integraba la primera sociedad de gananciales y que se adjudica a la primera esposa en cuanto a una mitad indivisa y a uno de sus hijos en cuanto a la otra mitad, compensándose en metálico al otro hijo y a la menor.

La existencia de conflicto de intereses se ve patente cuando este existe en el proceso de formación de un contrato o negocio jurídico bilateral, generador de obligaciones para ambas partes. Es la denominada autocontratación, tanto en sentido estricto, (contrato consigo mismo, es decir, cuando una persona cierra consigo misma un negocio actuando a la vez como interesada y como representante de otra), como autocontratación en sentido amplio, (cuando una sola voluntad hace dos o más manifestaciones jurídicas y pone en relación dos o más patrimonios y hay colisión de intereses en esa relación). En la STS de 17 de mayo de 2004, se recoge que el legislador toma en consideración el conflicto de intereses en relación con cada asunto concreto (cfr. arts. 163 y 299.1.º del Código Civil), por lo que deben ser valoradas las circunstancias concurrentes para afirmar o negar su existencia. También este Centro Directivo se ha manifestado en situaciones concretas, y así, ha dicho que para determinar que existe conflicto de intereses deberá concluirse que es razonable entender que la satisfacción por los padres de sus propios intereses irá en detrimento de la de los hijos (Resoluciones en «Vistos»).

Así, por ejemplo, diferentes resoluciones han considerado que no existe conflicto de intereses cuando la liquidación de gananciales se ha realizado con estricta igualdad, mediante la adjudicación de una mitad indivisa a cada participe, o cuando la partición hereditaria también se ha realizado en estricta aplicación de las normas legales o disposiciones testamentarias. Por el contrario, cuando se adopta una decisión por el representante, que aunque pueda entenderse adecuada para los intervinientes, suponga una elección, ha entendido que la valoración de inexistencia de conflicto no puede hacerla por sí mismo el representante del incapaz, sino que exige, conforme a lo establecido en el artículo 163 del Código Civil, del nombramiento de un defensor, con posterior sometimiento a lo que establezca el Juez en su decisión, sobre la necesidad o no de posterior aprobación judicial (Resolución de 5 de febrero de 2015).

Visto así, ni la representante ni la representada son adjudicatarias de bienes concretos ni porciones distintas de las señaladas en el testamento, por lo que no se incurre en una contraposición de intereses de forma directa. Pero habida cuenta la calificación conjunta de todas las actuaciones verificadas y que se realiza la adjudicación de una vivienda concreta a otro de los herederos interesados en la partición junto con la exesposa de primer matrimonio, se produce una adjudicación desigual, lo que apareja la ruptura del principio de proporción de las respectivas cuotas de los herederos conforme la voluntad del causante. No obstante, el hecho de que haciéndose las adjudicaciones de las fincas en la forma ideal, haría que se crease un proindiviso entre extraños y dadas las circunstancias del mismo —hija de segundo matrimonio junto con la esposa del primero—, suscita la evitación del mismo. Además, ni la representante ni la representada son adjudicatarias de bienes concretos, se cumplen las previsiones del testador en

cuando a sus disposiciones, y los intereses de la representante y la representada en esa finca concreta son conjuntos pero no contrapuestos.

Resoluciones de 15-11-2016 (2 Resoluciones)
(*BOE* 3-12-2016)
Registro de la Propiedad de Rivas-Vaciamadrid

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: HERENCIA YACENTE.

Se trata nuevamente de dilucidar en este expediente si es inscribible un decreto de adjudicación dictado en procedimiento de ejecución hipotecaria seguido frente a la herencia yacente y los herederos desconocidos e inciertos del titular registral cuando no consta el nombramiento e intervención de un defensor judicial de la herencia yacente. En los casos en que interviene la herencia yacente, la doctrina de este Centro Directivo, impone que toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse bien mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente (Resoluciones de 27 de mayo y 12 de julio de 2013, 8 de mayo de 2014, 5 de marzo de 2015 y demás citadas en los «Vistos»). Por eso parece razonable restringir la exigencia de nombramiento de administrador judicial, al efecto de calificación registral del tracto sucesivo, a los supuestos de demandas a ignorados herederos; pero considerar suficiente el emplazamiento efectuado a personas determinadas como posibles llamados a la herencia. Como resulta de los fundamentos de Derecho tercero y cuarto de la STS de 3 de marzo de 2011, para evitar la indefensión es preciso que se haya cumplido con la obligación de averiguar los domicilios de los desconocidos herederos demandados, por lo que la citación por medio de edictos fijados en el tablón de anuncios e incluso la notificación de la sentencia de primera instancia a través de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* requiere que, previamente, se hubieran agotado todos los medios de averiguación que la Ley de Enjuiciamiento Civil impone. Y en el caso de la herencia yacente aunque sea una masa patrimonial, se ha de intentar la localización de quien pueda ostentar su representación en juicio.

Resolución de 22-11-2016
(*BOE* 15-12-2016)
Registro de la Propiedad de Morón de la Frontera

REFERENCIA CATASTRAL: ERROR AL CONSIGNARLA EN LA INSCRIPCIÓN.

Es objeto de este recurso decidir si es inscribible una escritura de segregación de una porción de finca que se corresponde con una parcela catastral, cuando el número de dicha parcela catastral según consta en el Registro no se corresponde con el expresado ahora en la escritura.

Como se ha dicho anteriormente por este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 13 de julio y 13 de octubre de 2009), conviene para mayor claridad distinguir los conceptos de inexactitud registral y error. Existe inexactitud cuando concurre cualquier discordancia entre el Registro y la realidad extrarregistral (cfr. art. 39

de la LH), 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. A su vez, los errores pueden ser materiales y de concepto: son materiales cuando se ponen unas palabras por otras pero no se altera el verdadero sentido de una inscripción ni de sus componentes básicos.

Nos encontramos ante una inexactitud en el Registro al reflejar el número de la parcela 152, que como señala la Registradora en su informe, deriva de un error material en el título que causó la inscripción 4ª en la que se hizo constar los números de las parcelas catastrales que integran la finca registral 10.075 de El Coronil. De la documentación y circunstancias expuestas resulta evidente que se incurrió en un error meramente material en la consignación de un dígito de una de las parcelas catastrales, sin que existan dudas de que se esté alterando con ello la configuración física de la finca inscrita. Pero es que además, aun cuando pretendiera alterarse la configuración física de las fincas, la aportación de las representaciones gráficas catastrales y la solicitud expresa de modificación de la descripción de la finca contenida en la escritura, sería suficiente para iniciar el procedimiento correspondiente para tal alteración. Por todo ello hay que concluir que dicho error carece de entidad para impedir la inscripción pretendida.

Resolución de 22-11-2016
(*BOE* 15-12-2016)
Registro de la Propiedad de San Bartolomé de Tirajana, número 2

DOBLE INMATRICULACIÓN: PREVALENCIA DEL PROCEDIMIENTO REGULADO EN LA LEY DE PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

La legitimación para instar el procedimiento para la subsanación de la doble inmatriculación está específicamente regulada en la regla segunda del artículo 209 de la LH que establece «el expediente se iniciará de oficio por el Registrador, o a instancia del titular registral de cualquier derecho inscrito en alguno de los diferentes historiales registrales coincidentes». Por tanto, fuera de los supuestos de iniciación de oficio por el Registrador, la LH solo reconoce legitimación a los titulares registrales de derechos inscritos en las fincas afectadas por la doble inmatriculación. Siguiendo la doctrina de esta Dirección General para la regulación anterior a la Ley 13/2015 (cfr. Resoluciones de 26 de febrero de 2013 y 2 de diciembre de 2014), la expresión legal de esta regla, así como la de la regla sexta, puede entenderse comprensiva no solo de los titulares derechos inscritos, sino también anotados, entendiendo la inscripción en sentido amplio y por tanto no solo comprensiva de las inscripciones propiamente dichas, sino también de las anotaciones preventivas.

El artículo 209 de la LH, tras la reforma operada por la Ley 13/2015, introduce la novedad de permitir el inicio de este procedimiento de oficio por el Registrador, posibilidad esta que le estaba vedada anteriormente. 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.

En el presente caso resulta de los hechos de la nota de calificación el reconocimiento del Registrador de la existencia de una situación de doble inmatriculación. Ahora bien, no puede soslayarse que una de las fincas implicadas en esta situación patológica es titularidad de la Administración Pública. Conforme al

apartado 2 del artículo 209 de la LH, «lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de lo previsto en el apartado 4 del artículo 37 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, y demás disposiciones concordantes». Por tanto, la LH atribuye expresamente prevalencia al procedimiento específico que en sede administrativa tenga por objeto resolver la situación de doble inmatriculación. Por todo ello resulta plenamente justificado que el Registrador recabe de la Administración la información oportuna sobre la existencia de un procedimiento administrativo en el que se decida sobre la doble inmatriculación, pues debe evitarse iniciar la tramitación del procedimiento previsto en el artículo 209 de forma paralela y estéril a otro procedimiento administrativo con igual objeto y trámites específicos.

Como señalan las Resoluciones de 29 de julio y 10 de octubre de 2016, es continua doctrina de esta Dirección General (basada en el contenido del art. 326 de la LH y en la doctrina de nuestro TS, 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 negativa es o no ajustada a Derecho. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente la de revisar la inscripción ya practicada de exceso de cabida en una finca colindante. De acuerdo con lo anterior es igualmente doctrina reiterada que una vez practicado un asiento el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (arts. 1, 38, 40 y 82 de la LH).

Resolución de 22-11-2016
(*BOE* 15-12-2016)
Registro de la Propiedad de Santa Coloma de Gramanet, número 2

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: EFECTOS DE SU CADUCIDAD.

Las anotaciones preventivas tienen una vigencia determinada y su caducidad opera «*ipso iure*» una vez agotado el plazo de cuatro años, hayan sido canceladas o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, entre ellos la posición de prioridad que las mismas conceden a su titular, y que permite la inscripción de un bien con cancelación de cargas posteriores a favor del adjudicatario, que ha adquirido en el procedimiento del que deriva la anotación, de modo que los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la limitación que para ellos implicaba aquel asiento y no podrán ser cancelados en virtud del mandamiento prevenido en el artículo 175.2.a del RH, si al tiempo de presentarse aquel en el Registro, se había operado ya la caducidad.

No obstante, como tiene declarado este Centro Directivo el actual titular registral tiene a su disposición los remedios previstos en el ordenamiento si considera oportuna la defensa de su posición jurídica (arts. 66 de la LH y 117, 594, 601 y 604 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y sin que la confirmación del defecto suponga prejuzgar la decisión que los tribunales, en su caso, puedan adoptar en orden a la preferencia entre cargas, mediante la interposición de las correspondientes tercerías, o por la ausencia de buena fe, sin que en vía registral pueda determinarse la prórroga indefinida de la anotación preventiva de embargo.

Resolución de 23-11-2016
(*BOE* 15-12-2016)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 9

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: RECLAMACIÓN DE DEUDAS POR CUOTAS DEL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL.

Como ha dicho reiteradamente esta Dirección General, aunque el ámbito de la anotación preventiva de demanda ha sido ampliado por la doctrina científica, dicho ámbito solo podrá extenderse hasta abarcar aquellas demandas cuya estimación pudiera producir una alteración en la situación registral. Del artículo 43.1 de la LH, en su relación con el artículo 42.1.o del mismo texto legal, resulta claramente que solo el que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real puede obtener anotación de demanda.

Esta Dirección General ha elaborado una dilatada doctrina (*vid.* «Vistos»), relativa a las preferencias crediticias y a su impacto registral. La citada doctrina parte del hecho de que la redacción actual del artículo 9.1.e) de la Ley sobre propiedad horizontal distingue en párrafos separados la afección del bien inmueble respecto al adquirente de un piso o local de la preferencia del crédito de la comunidad respecto a otros créditos sobre el mismo inmueble. Sin embargo, esta afección legal no permite considerar que una demanda en juicio ordinario en reclamación de una cantidad de dinero adeudada por el impago de las cuotas de comunidad por la herencia yacente del titular registral de un piso, tenga eficacia real.

En el presente expediente el objeto del procedimiento del que resulta el mandamiento de anotación de demanda es una reclamación de cantidad que efectúa una comunidad de propietarios por las cuotas impagadas de uno de los pisos del edificio. Así consta expresamente en el antecedente de hecho primero del auto judicial. No hay referencia alguna a la existencia o no de acreedores anteriores frente a los que se quiera hacer valer la preferencia recogida en el artículo 9 de la Ley sobre propiedad horizontal, ni consta transmisión alguna de la finca. Como se ha dicho, la ley prevé la afección de la finca al pago de las cantidades adeudadas por el anterior titular, afección legal que, sin embargo, no permite considerar que una demanda en juicio ordinario en reclamación de una cantidad de dinero adeudada por el impago de las cuotas de comunidad por la herencia yacente del titular registral de un piso, tenga eficacia real, para ello sería preciso como se ha dicho que se pretenda la constancia de la preferencia del crédito frente a anteriores acreedores o que se demande al titular actual de la finca por las deudas del anterior propietario.

Resolución de 23-11-2016
(*BOE* 15-12-2016)
Registro de la Propiedad de Herrera del Duque

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DERECHO HEREDITARIO: PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

Cabe señalar que la finalidad del solicitante, tal y como ya se resolvió en caso similar, y para el mismo recurrente, en Resolución de 6 de septiembre de

2013 de este mismo Centro Directivo, se instaba —aunque de manera confusa, tal y como ocurre en el supuesto ahora planteado— la práctica de un asiento registral que permitiese proteger los derechos del heredero en relación a un bien incluido en la hipotética masa hereditaria de su causante, por medio de nota marginal, pero que en su caso se identificó como una anotación preventiva de derecho hereditario. Dicha anotación de derecho hereditario, y no la nota marginal solicitada, es el reflejo que podría producirse en los asientos del Registro, a tenor de la intención que, según es posible deducir tanto de la instancia como del recurso, y devendría como final del procedimiento registral tal y como parece querer el interesado, aunque sus planteamientos rogados no tiendan de una manera directa y clara a ello. Por esta razón, sería de desear que el particular en su solicitud privada expresara de manera indubitada la extensión de la anotación de derecho hereditario que los fundamentos jurídicos alegados parecen perseguir.

En todo caso, tal y como ocurrió en la Resolución que concluyó el recurso anteriormente planteado, la práctica de cualquier asiento en los libros del Registro, como imperativo de la proscripción de la indefensión en nuestro ordenamiento jurídico el artículo 24 de la Constitución Española, y en su desarrollo en el ámbito que nos ocupa el artículo 20 de la LH impiden que pueda llevarse a cabo la alteración de los asientos practicados en el Registro de la Propiedad sin la intervención del titular del derecho afectado, o bien sin que dicha mutación se haya adoptado en un procedimiento judicial en el que dicho titular registral haya sido parte procesal. Por ello, en el caso que nos ocupa, siendo titular registral de la finca referida el Ayuntamiento de Siruela, y solicitándose la anotación o la nota que en su caso corresponda en concepto de heredero de un antiguo titular registral, no resulta posible la extensión de ningún asiento sobre el folio abierto al inmueble sin que dicho titular registral actual, el Ayuntamiento en cuestión, preste su consentimiento, ya sea de manera voluntaria, ya de manera forzosa en un procedimiento judicial en el que se le requiera o se dirima sobre la titularidad del dominio o de alguno de los derechos reales que conforme a los artículos 2 de la LH y concordantes de lo Reglamento, pudieran tener acceso al Registro, como pudiera ser impugnando alguno de los actos o títulos previos en un proceso en que resulte demandado el indicado titular registral.

Resolución de 23-11-2016
(*BOE* 15-12-2016)
Registro de la Propiedad de Santa Fe, número 2

REPARCELACIÓN URBANÍSTICA: CUENTA DE LIQUIDACIÓN DEFINITIVA DE GASTOS DE URBANIZACIÓN. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO.

Respecto de la primera pretensión del ahora recurrente relativa a la inscripción de la cuenta de liquidación definitiva ya fue resuelta por esta Dirección General, en recurso planteado por el mismo, en Resolución fecha 13 de junio de 2014 (*BOE* de 29 de julio de 2014) y en Resolución de 17 de diciembre de 2014 (*BOE* de 23 de enero de 2015), por lo que no cabe ahora sino reiterar lo que en ellas se dijo, y por tanto, desestimar también ahora el recurso en este punto.

Respecto a la segunda pretensión, relativa a que se cancele o extinga la servidumbre de paso de aguas, amparándose, de nuevo, el solicitante en un supuesto error registral cometido en la inscripción del proyecto de reparcelación,

ha de señalarse que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1, párrafo tercero, de la LH, los asientos del Registro en cuanto se refieran a los derechos inscribibles, están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley, debiéndose proceder a la rectificación del Registro, en el supuesto de que ello fuera procedente, en los términos y por los medios regulados en el artículo 40 de la misma Ley.

Por último, respecto de la exigencia del Registrador de que la instancia haya de tener firma legitimada, debe destacarse que el firmante de dicha instancia dice representar simultáneamente a una entidad pública —la entidad urbanística de conservación— y a una entidad privada —una determinada sociedad de responsabilidad limitada—. Por tanto, no cabe duda de que tal exigencia de legitimación es procedente para dotar a la solicitud de la debida autenticidad.

Resolución de 24-11-2016
(*BOE* 15-12-2016)
Registro de la Propiedad de Valladolid, número 6

CESIÓN DE CRÉDITO HIPOTECARIO: ÁMBITO DE LA LEY 2/2009.

La Ley 2/2009, de 31 de marzo, cuyo ámbito objetivo incluye la contratación de préstamos o créditos hipotecarios entre consumidores y personas físicas o jurídicas que, de manera profesional, realicen, entre otras, esa actividad crediticia, contiene un conjunto de normas cuya razón de ser radica en garantizar la transparencia del mercado hipotecario, incrementar la información precontractual y la protección a los usuarios y consumidores de productos financieros ofertados en dicho mercado. Esta ley reafirma el deber de control sobre el cumplimiento de las obligaciones que impone —información precontractual, transparencia de las condiciones de los contratos, tasación, compensación por amortización anticipada, etc.— por parte de Notarios y Registradores de la Propiedad al señalar en el artículo 18.1. La actuación de la Registradora de la Propiedad al acudir, como medio para completar la calificación y evaluación del cumplimiento de los requisitos legales por parte del acreedor, a la consulta del Servicio de Interconexión entre los Registros y no admitir sin más la manifestación negativa del acreedor-cesionario acerca de su condición de profesional, ya que la protección de los derechos de los consumidores exige extremar la diligencia y la utilización de todos los medios al alcance en el control del cumplimiento de la legalidad en este ámbito. La manifestación negativa del acreedor, no entidad de crédito, de no dedicarse profesionalmente a la concesión de préstamos únicamente será admisible si queda confirmada por la citada búsqueda en las bases de datos registrales.

En el presente supuesto, después de la primera calificación negativa, se aportó al Registro de la Propiedad un acta de manifestaciones y de notoriedad, autorizada por el mismo Notario ante el que se otorgó la escritura de cesión del crédito hipotecario, en la que este declara que estima justificada la notoriedad de la no realización de manera profesional de actividades de concesión de préstamos o créditos por parte del cesionario, según resulta de las manifestaciones de dos testigos, no considerando necesaria la práctica de otras pruebas, requerimientos o notificaciones, por no ser presumible el perjuicio para terceros. Resulta que el acta ha sido realizada a instancia del cesionario, teniendo como única y exclusiva prueba la declaración de dos testigos, sin que se manifieste la relación de cono-

cimiento que tienen con el requirente y sus actividades, y que, a mayor abundamiento, como señala el Registrador que emitió la calificación sustitutoria, tienen un domicilio coincidente con el de la entidad cedente. Además, en la confección del acta no se ha solicitado información de los Registros de la Propiedad, ni del Servicio Colegial de Intercomunicación entre los Registros, ni se ha notificado a los deudores, como terceros posibles afectados por el acta, lo que entra en contradicción con lo dispuesto en el citado artículo 209 del Reglamento Notarial.

Es cierto que la Ley 2/2009 constituye una norma dirigida fundamentalmente a garantizar la ausencia de publicidad engañosa y la transparencia en la contratación de préstamos y créditos con consumidores, y que las obligaciones que impone se refieren prioritariamente a la fase precontractual y de formalización del contrato de préstamo, por lo que deben entenderse cumplidas en caso de cesión de un préstamo o crédito inscrito en el Registro de la Propiedad. Pero esta realidad no excluye la necesidad de que el cesionario de tales préstamos, si se acredita la habitualidad en la actividad de concesión de préstamos o en la subrogación activa en los mismos, deba cumplir los requisitos exigidos en la nota de calificación recurrida ya que obedecen a una segunda finalidad de la norma consistente en «cubrir las responsabilidades en que el acreedor pudiera incurrir frente a los consumidores por los perjuicios derivados de la realización de los servicios propios de la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios» (*vid.* arts. 7 y 14.1.a) de la Ley 2/2009), y esos perjuicios pueden generarse durante toda la vida del préstamo.

Resolución de 24-11-2016
(*BOE* 15-12-2016)
Registro de la Propiedad de Betanzos

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: APLICACIÓN EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Se debate en este recurso la inscripción de una certificación compresiva de la resolución del Alcalde-presidente del Ayuntamiento de Sada instando la inscripción de una sentencia judicial firme del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, en la que se declara la anulación de una licencia municipal de obras, en virtud de la cual se construyeron dos edificios destinados a viviendas, locales de negocio y garajes, que fueron objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad y constituidos en régimen de propiedad horizontal, precediéndose posteriormente a vender los diferentes elementos privativos a terceros.

Como ha señalado la Resolución de 15 de junio de 2012, es doctrina reiterada de este Centro Directivo que el Registrador puede y debe calificar si se ha cumplido la exigencia de tracto aun cuando se trate de documentos judiciales, ya que precisamente el artículo 100 del RH permite al Registrador calificar del documento judicial «los obstáculos que surjan del Registro», y entre ellos se encuentra la imposibilidad de practicar un asiento registral si no ha sido parte o ha sido oído el titular registral en el correspondiente procedimiento judicial. El emplazamiento a los titulares registrales que hubiera en el momento de la iniciación de tal procedimiento, no es motivo para dejar indefensos a los titulares actuales, los cuales habrían sido advertidos oportunamente de la situación existente —lo que en consecuencia, hubiera evitado su indefensión— si, como se ha indicado, el recurso Contencioso-Administrativo se hubiera anotado pre-

ventivamente, tal y como previene el artículo 67 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la LH sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística (STS, Sala Tercera, de 20 de abril de 2004, y STS número 192/1997, de 11 de noviembre).

La Sala de lo Contencioso de nuestro TS ha tenido ocasión de manifestar en su Sentencia de 16 de abril de 2013, en relación con la Resolución esta Dirección General de 1 de marzo de 2013, en la parte de su doctrina coincidente con los precedentes razonamientos jurídicos, que «esta doctrina, sin embargo, ha de ser matizada, pues tratándose de supuestos en los que la inscripción registral viene ordenada por una resolución judicial firme, cuya ejecución se pretende, la decisión acerca del cumplimiento de los requisitos propios de la contradicción procesal, así como de los relativos a la citación o llamada de terceros registrales al procedimiento jurisdiccional en el que se ha dictado la resolución que se ejecuta, ha de corresponder, necesariamente, al ámbito de decisión jurisdiccional. E, igualmente, será suya la decisión sobre el posible conocimiento, por parte de los actuales terceros, de la existencia del procedimiento jurisdiccional en el que se produjo la resolución determinante de la nueva inscripción. Será pues, el órgano jurisdiccional que ejecuta la Resolución de tal naturaleza el competente para —en cada caso concreto— determinar si ha existido —o no— la necesaria contradicción procesal excluyente de indefensión, que sería la circunstancia determinante de la condición de tercero registral, con las consecuencias de ello derivadas, de conformidad con la legislación hipotecaria; pero lo que no es aceptable en el marco constitucional y legal antes descrito, es que —insistimos, en un supuesto de ejecución judicial como en el que nos encontramos— la simple oposición registral —con remisión a los distintos mecanismos de impugnación de la calificación—, se convierta automáticamente en una causa de imposibilidad de ejecución de la sentencia, pues los expresados mecanismos de impugnación registral han de quedar reservados para los supuestos en los que la pretensión registral no cuenta con el indicado origen jurisdiccional. Solo, pues, en tal situación —esto es, analizando de forma particularizada cada caso concreto— podrá comprobarse por el órgano jurisdiccional la posible concurrencia de las causas de imposibilidad de ejecución de sentencia contempladas en el artículo 105 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pues se trata, esta, de una indelegable decisión jurisdiccional que necesariamente ha de ser motivada en cada caso concreto.

Resolución de 25-11-2016
(*BOE* 15-12-2016)
Registro de la Propiedad de Bilbao, número 2

PUBLICIDAD FORMAL: REQUISITOS.

Este Centro Directivo tiene declarado (*vid.* Instrucción de 5 de febrero de 1987 y Resoluciones citadas en los «Vistos»), conforme a lo dispuesto en los artículos 221 y 222 de la LH y 332 de su Reglamento, que el contenido del Registro solo se ha de poner de manifiesto a quienes tengan interés en conocer el estado de los bienes o derechos inscritos, y que dicho interés se ha de justificar ante el Registrador, que es a quien corresponde apreciar la legitimación del solicitante de la información (cfr. SSTS Sala Tercera de 16 de junio de 1990 y de 7 de junio de

2001). Este interés ha de ser un interés conocido, directo y legítimo. La legislación relativa a la protección de datos de carácter personal incide directamente en la obligación de los Registradores de emitir información sobre el contenido de los libros registrales. La aplicación de la normativa sobre protección de datos en el ámbito del Registro implica, entre otras cuestiones, que «los datos sensibles de carácter personal o patrimonial contenidos en los asientos registrales no podrán ser objeto de publicidad formal ni de tratamiento automatizado, para finalidades distintas de las propias de la institución registral. Cuando se ajusta a tal finalidad, la publicidad del contenido de los asientos no requiere el consentimiento del titular ni es tampoco necesario que se le notifique su cesión o tratamiento, sin perjuicio del derecho de aquel a ser informado, a su instancia, del nombre o de la denominación y domicilio de las personas físicas o jurídicas que han recabado información respecto a su persona o bienes».

En el presente expediente parece debidamente explicitada la causa de la solicitud de la información ya que indica que resulta esencial para poder formular en los términos debidos una «oferta de compra». Si bien eso es cierto, no lo es menos la necesaria concreción del bien que pretende adquirirse, de tal manera que el Registrador pueda dar cumplimiento a su deber de calificación respecto del interés legítimo. La solicitud objeto de calificación no contiene dato alguno que permita conocer de manera directa ni indirecta a qué inmueble se estaba refiriendo.

Resolución de 28-11-2016
(*BOE* 22-12-2016)
Registro de la Propiedad de Avilés, número 2

AGRUPACIÓN: INSCRIPCIÓN DE LA BASE GRÁFICA

Esta Dirección General con anterioridad se ha pronunciado (*vid.* Resoluciones 12 de febrero y 2 y 21 de septiembre de 2016) sobre cuál haya ser el régimen aplicable a supuestos de modificaciones de entidades hipotecarias como el de la agrupación aquí planteado cuando el asiento de presentación se practique tras la entrada en vigor, el día 1 de noviembre de 2015, de la reforma de la LH operada por la Ley 13/2015. La novedad esencial que introduce la reforma en esta materia estriba en que conforme al nuevo artículo 9 de la LH, la inscripción habrá de contener, necesariamente, entre otras circunstancias, «la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices».

En los casos en los que tal inscripción de representación gráfica no es meramente potestativa, sino preceptiva, como ocurre con los supuestos enunciados en el artículo 9, letra b, primer párrafo, la falta de una remisión expresa desde el artículo 9 al artículo 199 supone que con carácter general no será necesaria la tramitación previa de este procedimiento, sin perjuicio de efectuar las notificaciones previstas en el artículo 9, letra b, párrafo séptimo, una vez practicada la inscripción correspondiente. Se exceptúan aquellos supuestos en los que, por incluirse además alguna rectificación superficial de las fincas superior al 10% o alguna alteración cartográfica que no respete la delimitación del perímetro de la finca matriz que resulte de la cartografía catastral (cfr. art. 9, letra b, párrafo cuarto), fuera necesaria la tramitación del citado procedimiento o del previsto en

el artículo 201 para preservar eventuales derechos de colindantes que pudieran resultar afectados.

En todo caso, será objeto de calificación por el Registrador la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, pues tal y como dispone el artículo 9.b) «la representación gráfica aportada será objeto de incorporación al folio real de la finca, siempre que no se alberguen dudas por el Registrador sobre la correspondencia entre dicha representación y la finca inscrita, valorando la falta de coincidencia, siquiera parcial, con otra representación gráfica previamente incorporada, así como la posible invasión del dominio público. Se entenderá que existe correspondencia entre la representación gráfica aportada y la descripción literaria de la finca cuando ambos recintos se refieran básicamente a la misma porción del territorio y las diferencias de cabida, si las hubiera, no excedan del diez por ciento de la cabida inscrita y no impidan la perfecta identificación de la finca inscrita ni su correcta diferenciación respecto de los colindantes». En el caso de aportación de representación gráfica alternativa, el artículo 9.b) dispone que en todo caso «habrá de respetar la delimitación de la finca matriz o del perímetro del conjunto de las fincas aportadas que resulte de la cartografía catastral» y que «si la representación gráfica alternativa afectara a parte de parcelas catastrales, deberá precisar la delimitación de las partes afectadas y no afectadas, y el conjunto de ellas habrá de respetar la delimitación que conste en la cartografía catastral».

En el presente caso resultan fundadas las dudas del Registrador en la nota de calificación en cuanto a la existencia de conflicto entre fincas colindantes inscritas, con posible invasión de las mismas. Dudas que quedan corroboradas con los datos y documentos que obran en el expediente. Toda vez que existen dudas que impiden la inscripción de la representación gráfica, y tal y como señala el Registrador en su nota, podrá acudirse a la previsión que a este efecto se contiene en el artículo 199: «si la incorporación de la certificación catastral descriptiva y gráfica fuera denegada por la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas, el promotor podrá instar el deslinde conforme al artículo siguiente, salvo que los colindantes registrales afectados hayan prestado su consentimiento a la rectificación solicitada, bien en documento público, bien por comparecencia en el propio expediente y ratificación ante el Registrador, que dejará constancia documental de tal circunstancia, siempre que con ello no se encubran actos o negocios jurídicos no formalizados e inscritos debidamente».

Resolución de 30-11-2016
(*BOE* 22-12-2016)
Registro de la Propiedad de Alicante, número 5

TRANSACCIÓN JUDICIAL: TÍTULO INSCRIBIBLE

Se plantea nuevamente la cuestión de si un acuerdo transaccional homologado judicialmente tiene la consideración de título inscribible en el Registro de la Propiedad. En las Resoluciones más recientes sobre la materia se ha sentado una doctrina más restrictiva, tendente a considerar fundamentalmente el aspecto de documento privado del acuerdo transaccional, por más que esté homologado judicialmente. En este sentido, cabe citar la Resolución de 9 de julio de 2013, en cuyo fundamento de Derecho tercero se afirmó que: «La homologación judicial no altera el carácter privado del documento, pues (...)

se limita a acreditar la existencia de dicho acuerdo. Las partes no podrán en ningún caso negar, en el plano obligacional, el pacto solutorio alcanzado y están obligados, por tanto, a darle cumplimiento. Si bien es cierto que en virtud del principio de libertad contractual es posible alcanzar dicho acuerdo tanto dentro como fuera del procedimiento judicial ordinario en el que se reclamaba la cantidad adeudada, no lo es menos que el mismo supone una transmisión de dominio que material y formalmente habrá de cumplir los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para su inscripción en el Registro de la Propiedad». También ha tenido ocasión de señalar esta Dirección General que en los procesos judiciales de división de herencia que culminan de manera no contenciosa se precisa escritura pública, por aplicación del artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (cfr. Resolución de 9 de diciembre de 2010). La protocolización notarial de la partición judicial, siempre y cuando haya concluido sin oposición, viene impuesta como regla general por el artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Resolución de 30-11-2016
(*BOE* 22-12-2016)
Registro de la Propiedad de Villaviciosa de Odón

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: CALIFICACIÓN REGISTRAL.

Como ha afirmado reiteradamente esta Dirección General, el respeto a la función jurisdiccional, que corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales, impone a todas las autoridades y funcionarios públicos, incluidos por ende los Registradores de la Propiedad, la obligación de cumplir las resoluciones judiciales. Pero no es menos cierto que el Registrador tiene, sobre tales resoluciones, la obligación de calificar determinados extremos, entre los cuales no está el fondo de la resolución, pero sí el de examinar si en el procedimiento han sido emplazados aquellos a quienes el Registro concede algún derecho que podría ser afectado por la sentencia, con objeto de evitar su indefensión, proscrita por el artículo 24 de la Constitución Española y su corolario registral del artículo 20 de la LH. Los únicos derechos hereditarios que deben protegerse son los que aun concurren sobre el resto de las repetidas fincas registrales 1282 y 1285, y los titulares de dichos derechos, don S. R. T. y doña C. y doña E. F. T., han sido demandados, y, además de haber ratificado en su momento la división de la finca, se han personado en el procedimiento allanándose. Por lo tanto, dadas las circunstancias que concurren, el defecto debe decaer, si bien será precisa la presentación de los originales de los documentos conforme advierte la Registradora en su nota de calificación.

De la literalidad de la sentencia, tal y como aduce la Registradora en su nota, no resulta claramente determinado si la segregación afecta únicamente a la superficie solar no ocupada por la edificación de la finca 1282 o si por el contrario resulta igualmente afectada parte de la vivienda construida sobre esta en planta baja. En cuanto a si también está afectada la planta primera inscrita bajo el número 1285, en la sentencia no se hace referencia alguna a dicha finca, pero el hecho de que la obra nueva que se declara construida tenga dos plantas puede inducir a error. Sin embargo, las dudas que pudieran plantearse quedan disipadas a la vista de la documentación citada que se incorporó, toda ella, a la demanda presentada. En consecuencia el defecto debe revocarse.

Más allá de si resulta aplicable el artículo 1404 del Código Civil en su redacción anterior a 1981, lo determinante es el resto del contenido del fallo en el que expresamente se dice: «debo declarar y declaro justificado el dominio de los mismos sobre la vivienda sita en (...), a favor del matrimonio formado por doña J. F. T. y don S. S. J. C. para su sociedad de gananciales», por lo que habiendo llegado la Magistrada-juez a tal decisión, no puede la Registradora cuestionar el contenido del fallo, no procediendo la exigencia de aclaración alguna.

Resolución de 30-11-2016
(*BOE* 22-12-2016)
Registro de la Propiedad de Gijón, número 2

CAMBIO DE USO DE UNA EDIFICACIÓN: REQUISITOS URBANÍSTICOS.

De la regulación legal resulta indubitado que el uso autorizado no es una característica accidental de la edificación sino que forma parte de su estructura integrando el contorno que delimita su contenido. De aquí se sigue que la alteración del uso permitido implica una alteración del contenido del derecho de propiedad, de la propiedad misma. El control administrativo en relación a si una edificación concreta y determinada puede ser objeto de un uso específico se lleva a cabo con carácter previo mediante la oportuna licencia de edificación y determinación de usos y posteriormente con la licencia de ocupación (u otro título habilitante) que tiene por objeto la verificación de que la edificación autorizada se ha llevado de acuerdo a (entre otras cosas) los usos previstos y aprobados. La contravención de la normativa urbanística se reprime de acuerdo a la aplicación de las previsiones sobre disciplina mediante las sanciones contempladas al respecto, pudiendo derivar, además, en actuaciones de restablecimiento de la legalidad infringida.

Verificada la inscripción en el Registro de la Propiedad con unos usos determinados cuyo reflejo consta en la forma establecida en el artículo 45 del Real Decreto 1.093/97, cualquier modificación que de los mismos se lleve a cabo exige nuevamente la aplicación de la norma sobre inscripción en el Registro de obras nuevas (*vid.* art. 28.3 de la Ley de Suelo). Partiendo de estos argumentos, este Centro Directivo ha afirmado (*vid.* Resoluciones de 5 de agosto y 13 de noviembre de 2013, 21 de abril de 2014 e incluso, más recientemente, en la de 13 de mayo de 2016), que el cambio de uso de la edificación es equiparable a la modificación de la declaración de obra inscrita, como elemento definitorio del objeto del derecho, y por tanto, su régimen de acceso registral se basará en cualquiera de las dos vías previstas por el artículo 28 de la Ley estatal de Suelo, con independencia del uso urbanístico previsto en planeamiento y el uso efectivo que de hecho, se dé a la edificación.

No obstante, no será necesaria la aportación de la licencia de obra o modificación, cuyo cumplimiento verifica la licencia de ocupación, salvo que la modificación de uso lleve aparejada una obra que suponga una variación esencial de la composición general del exterior, la volumetría o del conjunto estructural del edificio, sin que la licencia de primera ocupación pueda —cfr. STS de 14 de diciembre de 1998— imponer condiciones o limitaciones no exigidas al concederse la licencia de obras (cfr. no obstante, la Resolución de 22 de julio de 2015). En cuanto a las restantes exigencias que pueden derivarse del precepto, dependiendo de la normativa aplicable, tales como pudieran ser el seguro decenal, el libro del

edificio o el certificado de eficiencia energética, no serán necesarias, con carácter general, ya que el cambio de uso no supone una alteración sustancial de los que ya se hubieran aportado para inscribir la obra nueva relativos al total del edificio. Finalmente, tampoco resulta exigible en tales casos la acreditación de los requisitos de eficiencia energética de la vivienda aislada, pues como resulta del artículo 5 del Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios.

Resolución de 30-11-2016
(*BOE* 22-12-2016)
Registro de la Propiedad de Ourense, número 1

PROCEDIMIENTO DE APREMIO ADMINISTRATIVO: FACULTAD DE CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR.

En los documentos administrativos corresponde al Registrador, dentro de los límites de su función calificadora de los documentos administrativos, examinar, entre otros extremos, la observancia de los trámites esenciales del procedimiento seguido, a fin de comprobar el cumplimiento de las garantías que para los particulares están establecidas por las leyes y los reglamentos, con el exclusivo objeto, como tiene declarado este Centro Directivo, de que cualquier titular registral no pueda ser afectado si, en el procedimiento objeto de la resolución, no ha tenido la intervención prevista por la Ley, evitando que el titular registral sufra, en el mismo Registro, las consecuencias de una indefensión procesal. Como ya afirmara esta Centro Directivo, ante una alegación similar, en su Resolución de 25 de marzo de 2008, el control de la legalidad en relación a los actos inscribibles corresponde al Registrador de la Propiedad, y no queda excluido por el hecho de que concurra en el expediente administrativo el informe favorable del organismo afectado, ya que tal informe está sometido igualmente a la calificación registral (cfr. art. 99 del RH).

Este Centro Directivo en Resolución de 2 de octubre de 2014 ya sostuvo que la propia dicción literal del artículo 122.2 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social que remite como requisitos que deben figurar en el certificado «todas aquellas circunstancias que, en su caso, sean precisas para su inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria»; y dentro de estas circunstancias están, sin duda, aquellas que afecten a los trámites esenciales del procedimiento entre los que se encuentran los reseñados por el Registrador en su nota de calificación, esto es, la notificación al deudor de la valoración del bien a efectos de determinar el tipo para la subasta, puesto que el artículo 110.2 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social concede al deudor el derecho de presentar frente a tal valoración otra contradictoria, y la notificación al mismo deudor, y a su cónyuge, del acuerdo de enajenación de los bienes, o providencia de subasta.

La tesis de la Registradora es que dado el tiempo transcurrido entre la tasación inicial, notificada al deudor, y la de la providencia de subasta hace que la valoración se aleje de los precios de mercado, lo que exige el artículo 110 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social. Como se ha señalado anteriormente, el Registrador ha de exigir y controlar la exigencia de la valoración y su notificación al apremiado, así como su constancia en el procedimiento, pero no ha de vigilar la forma y vigencia de la tasación. Si se ajusta

o no a precios de mercado la tasación es una cuestión que han de supervisar jueces y Tribunales y para ello el ejecutado tuvo su defensa mediante el recurso ante la propia Tesorería de la Seguridad Social o ante los jueces y Tribunales y la correspondiente solicitud de anotación preventiva de la demanda.

Resolución de 30-11-2016
(*BOE* 22-12-2016)
Registro de la Propiedad de León, número 2

CONVENIO REGULADOR: ÁMBITO.

La doctrina de este Centro Directivo, en relación a los preceptos del Código Civil señalados en los «Vistos» ha sido perfilada y al tiempo consolidada. Si bien se ha defendido que la susceptibilidad de inscripción del convenio privado aprobado por el Juez o el organismo actuante es cierta, efectiva y clara, esta cualidad solo puede predecirse respecto de los actos que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 90 del Código Civil constituyen el llamado contenido típico del convenio regulador, fuera de los cuales, y sin afectar a la validez y eficacia de los actos consignados en un documento que no pierde el carácter de convenio privado objeto de aprobación judicial, su acceso a los libros del Registro debe venir recogido en la titulación que con carácter general configura y establece el artículo 3 de la LH, es decir el documento público notarial, al recoger —bajo el presupuesto de hecho antes anunciado— un acto voluntario y consciente celebrado por los interesados, fuera de una contienda o controversia entre los mismos.

En un caso como el presentado en el que en pago de una deuda se adjudican más bienes de los necesarios para cubrir su importe, y en exceso la parte acreedora a su vez transmite un bien que le es propio, configura un acto que excede del contenido típico y adecuado para el convenio regulador privado en su vertiente de poder acceder al Registro de la Propiedad, al tener especialidad negocial propia e independiente del convenio, debiendo otorgare la correspondiente escritura pública notarial para ser susceptible de inscripción. Por ello, el defecto debe mantenerse.

Resolución de 30-11-2016
(*BOE* 22-12-2016)
Registro de la Propiedad de Vélez-Málaga, número 2

LIQUIDACIÓN JUDICIAL DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL: NECESIDAD DE PROTOCOLIZACIÓN NOTARIAL.

La causa de la liquidación del régimen económico matrimonial, no es otra que el reparto de bienes y deudas pertenecientes a la comunidad que se disuelve, que por lo tanto trae consecuencia de esta pero que opera independientemente de la misma. Así, los cónyuges pueden llegar a un acuerdo consensuado de extinción del régimen ganancial y posteriormente no alcanzarlo en cuanto al reparto de bienes. La causa está implícita en el propio procedimiento de liquidación y el juez competente habrá valorado la existencia y legalidad de la causa de disolución previa del régimen matrimonial bien por haber conocido esta, bien por tener constancia del acuerdo disolutorio en los casos de capitulaciones matrimoniales, o por haber ocurrido el

fallecimiento o la declaración de fallecimiento, ausencia o demás causas contempladas en el artículo 1393. En consecuencia el defecto apreciado debe revocarse.

En cuanto al segundo de los defectos de la nota de calificación, en el supuesto de este expediente no estamos en presencia de un convenio regulador aprobado en un proceso de separación, nulidad y divorcio (cfr. arts. 769 y sigs. de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sino ante un procedimiento para la liquidación del régimen económico-matrimonial (cfr. arts. 806 y sigs. de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Esta Dirección General ha señalado (cfr. Resolución de 19 de julio de 2016) que en los procesos judiciales de división de herencia que culminan de manera no contenciosa se precisa escritura pública, esta misma regla es aplicable por la remisión legal que se efectúa conforme ha quedado expuesto, al caso de la liquidación judicial de gananciales. Por lo que este defecto debe ser confirmado.

Resolución de 30-11-2016
(*BOE* 22-12-2016)
Registro de la Propiedad de Alicante, número 3

PARTICIÓN DE HERENCIA: CONTADOR PARTIDOR DATIVO.

La reforma llevada a cabo por la indicada Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, al reformar el artículo 1057,2 del Código Civil, atribuye, en esta materia, dos cualificadas funciones al Notario (y al Letrado de la Administración de Justicia), antes atribuidas al Juez, consistentes, por una parte, en el nombramiento del contador-partidor dativo; y, de otra parte, la aprobación de la partición, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios. La designación del contador-partidor se verifica de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley del Notariado; y, la aprobación de la partición conforme a lo dispuesto en el artículo 66 de la misma Ley del Notariado. Consecuentemente con lo expresado, debe procederse y deben diferenciarse conceptualmente, lo que constituye propiamente el proceso de nombramiento del contador- partidor dativo; lo que constituye propiamente las operaciones particionales que debe realizar este contador-partidor dativo; y, por último, la aprobación por el Notario (o el Letrado de la Administración de Justicia) de la partición así practicada. Cada una de estas fases diferenciadas deben realizarse con estricto cumplimiento de lo así exigido por la normativa.

Respecto a la citación a los interesados, si su domicilio fuere conocido, se presenta como un trámite esencial en el expediente regulado en el artículo 1057,2 del Código Civil por cuanto su omisión pudiera generar indefensión (cfr. Resoluciones de 13 y 22 de julio y 27 de octubre de 2016 en relación con el art. 209 del RN). Ahora bien, la concreta y específica forma de realizar dicha notificación debe quedar bajo la fe pública notarial de exclusiva responsabilidad del Notario autorizante (cfr. art. 17.bis de la Ley del Notariado), pues no hay citación ni emplazamiento a titular alguno de derechos inscritos (cfr. arts. 18 y 20 de la LH). En el presente expediente el Notario manifiesta que dicha notificación a los interesados con domicilio desconocido, con individualización de quiénes son, se ha realizado por edictos, por lo que este defecto debe ser revocado.

Será preciso que se aporte la escritura autorizada en Alicante el día 25 de febrero de 2016, ante su Notario, don Jesús María IZAGUIRRE UGARTE, número 1183 de protocolo, de aceptación de herencia y entrega de legados, al objeto de que se practique la inscripción a favor de los legatarios; salvo, que por solicitud del interesado, se verifique la inscripción con carácter condicional.

Resolución de 12-12-2016
(*BOE* 5-1-2017)
Registro de la Propiedad de Camas

BIENES DE LAS ENTIDADES LOCALES: REVERSIÓN EN CASO DE CESIÓN GRATUITA DE LOS BIENES DEL PATRIMONIO MUNICIPAL DEL SUELO.

Como ha señalado este Centro Directivo —cfr. por todas, Resolución de 11 de octubre de 2016—, cuando el ejercicio de las potestades administrativas haya de traducirse en una modificación del contenido de los asientos del Registro de la Propiedad, se ha de sujetar, además de a la propia legislación administrativa aplicable, a la legislación hipotecaria, que impone el filtro de la calificación en los términos previstos por los artículos 18 de la LH y 99 de su Reglamento. Según la doctrina de los actos separables, en los contratos privados de los entes públicos se han de distinguir dos aspectos: por un lado, el relativo a los efectos y extinción del contrato, que quedan sujetos a las normas de Derecho privado y cuyo conocimiento es competencia de la jurisdicción ordinaria; y por otro, la fase de preparación y adjudicación del contrato, la que hace referencia a la formación de la voluntad contractual del ente público y la atribución de su representación, que se rige por la normativa especial y cuya infracción corresponde revisar a la jurisdicción contencioso-administrativa (*vid.* Resolución de 27 de marzo de 1999).

En el caso particular de las cesiones gratuitas de bienes integrantes del patrimonio municipal de suelo, en el ámbito de la Comunidad de Andalucía, resultan de aplicación los artículos 26 y 27 de la Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, y el Decreto 18/2006, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, que en su artículo 50.6, establece que las cesiones gratuitas de bienes integrantes del Patrimonio Municipal del Suelo se regirán por lo dispuesto en su legislación específica. Esta legislación es fundamentalmente el artículo 76 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía.

El artículo 53, por su parte, regula la reversión de los bienes patrimoniales cedidos, de modo que si no se destinasen al uso previsto dentro del plazo señalado en el acuerdo de cesión o dejasen de estarlo posteriormente, se considerará resuelta la cesión y revertirán a la administración local con todas las mejoras realizadas, la cual tendrá derecho a percibir del beneficiario, previa tasación pericial, el valor de los detrimentos sufridos por los citados bienes. En el acuerdo de cesión gratuita deberá constar expresamente la reversión automática a la que se refiere el apartado primero. Respecto del derecho de reversión integrado en la cesión gratuita, este Centro Directivo, en su Resolución de 10 de diciembre de 2014, tuvo ocasión de analizar su naturaleza precisando que, como señaló la STS de 22 de julio de 2003, «la cesión gratuita de terrenos o bienes municipales de naturaleza patrimonial sujeta al cumplimiento por el ente adquirente de una finalidad de interés para el municipio ha sido calificada por esta Sala en ocasiones como donación modal, como se observa en la Sentencia de 28 de abril de 1993, recurso 10.499/1991. En otras ocasiones, sin rechazar esta calificación, esta Sala ha partido del carácter administrativo, sujeto a las normas del Derecho privado, de tal tipo de cesión —Sentencia de 31 de octubre de 1988— o lo ha calificado como negocio jurídico innominado, celebrado entre dos administraciones públicas, por el que se ceden unos terrenos patrimoniales para una finalidad determinada (Sentencia de 12 de junio de 2001, recurso 322/1997). En todos los casos, sin embargo, se ha admitido el carácter administrativo del contrato y la

sujeción de su régimen, a falta de normas específicamente aplicables, al Derecho privado». Y añade el Alto Tribunal que «la consecuencia a que llegan estas sentencias es la de que, en el caso de incumplimiento de la finalidad a la que se sujeta la cesión del bien, procede la rescisión del contrato a instancia de la corporación cedente, bien por aplicación del artículo 647 del Código Civil (según el cual "la donación será revocada a instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquel le impuso") (Sentencia de 28 de abril de 1993), bien por entender que al producirse la desafectación de los bienes en su día cedidos desapareció la causa que justificó la razón de ser del negocio jurídico y, por ende, su eficacia por desaparición de la causa del negocio, es decir, de la razón justificativa de su eficacia jurídica (Sentencia de 12 de junio de 2001, recurso 322/1997)…». No obstante, existe doctrina y jurisprudencia —en este sentido, la STS de 2 de noviembre de 1995 y el Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía de 15 de febrero de 2001— que califican expresamente la cesión gratuita de patrimonio público de suelo, como contrato administrativo especial por estar vinculado al giro o tráfico de la Administración contratante. Su régimen jurídico se basaría, por ello, en primer término, en su legislación específica, la urbanística y de régimen local, en lo demás, la general de contratación administrativa y en su defecto, las normas de derecho privado.

De modo que si los bienes cedidos no son destinados al uso previsto dentro del plazo señalado en el acuerdo de cesión o dejan de serlo posteriormente, se considera resuelta la cesión y revierten a la entidad local, reversión que tiene carácter automático y de pleno derecho por acuerdo de la propia entidad pública, con efectos ejecutivos, con audiencia de la parte interesada, siendo una manifestación del privilegio de autotutela de la Administración, en su vertiente declarativa y ejecutiva —cfr. STS de 31 de octubre de 1995—. Debe recordarse, no obstante, que como ha puesto de manifiesto la mejor doctrina, la singular protección que el RP 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 (arts. 1 y 38 de la LH, salvo en el caso particular de los deslindes de costas, art. 13 de la Ley de Costas, y de cauces públicos, art. 87 del Real Decreto-Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas), excepciones ambas que se justifican por la sostensibilidad característica del demanio natural, así como aquellos otros supuestos de autotutela expresamente admitidos por la Ley. Así debe entenderse el contenido del artículo 99 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Esta doctrina debe relacionarse, por tanto, con el 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, cuyo artículo 52, apartado tercero, precepto que regula otro supuesto de autotutela administrativa en la reversión de bienes procedentes del patrimonio público de suelo, permitiendo la constancia registral como causa de Resolución la cesión afectando con eficacia real a eventuales terceros que puedan resultar perjudicados.

Una interpretación conjunta de la naturaleza del citado de reversión como garantía «*ex lege*», causa de resolución de carácter implícito, debe llevar a admitir la virtualidad de la citada reversión en caso de incumplimiento, aunque no se hubiera reflejado en el documento de formalización de la cesión o, incluso, en el propio expediente administrativo. Sin embargo, su configuración como causa de resolución explícita de la cesión, con plenos efectos jurídicos reales y su apti-

tud para ser susceptible de constancia registral, requiere el cumplimiento de las exigencias del principio de determinación o especialidad. En definitiva, aunque pueda admitirse la actuación unilateral de la Administración vía procedimiento administrativo, con audiencia del interesado, en la resolución de la cesión y reversión por incumplimiento de sus fines, por mor de la eficacia «*ex lege*» de la garantía legal y la potestad de autotutela, aunque la misma no conste documentalmente, no puede confundirse con la estipulación negocial que la configure con carácter explícito y que permitirá, debidamente formalizada en documento público, su acceso registral con los efectos jurídicos derivados de la inscripción. Si lo que realmente se rectifica no es un error del Registro sino de la formalización de negocios que hayan accedido al mismo, será necesario para su reflejo tabular el consentimiento del titular registral pero también que tales rectificaciones sean eficaces por sí mismas y esa eficacia no puede admitirse si no es consentida por todos los que fueron parte en aquellos (cfr. arts. 1091, 1256, 1257 y 1259 del Código Civil). Sin embargo, si el error proviene de la tramitación de un expediente administrativo —cfr. Resolución de 2 de junio de 2016—, tampoco procedería la rectificación del Registro por mera solicitud, sino que se precisaría rectificación del expediente administrativo que dio lugar a la certificación administrativa que sirvió de título inscribible. No es, por tanto, inexcusable siempre y en todo caso, el consentimiento de los titulares afectados o la resolución judicial supletoria, sino que bastará con que se trate de expedientes meramente rectificadores en los que la autoridad administrativa interviniente sea competente para la modificación que se acuerde, se tramite el procedimiento adecuado y se cumplan las garantías legales establecidas en favor de las personas afectadas.

Por lo que debe revocarse la calificación en orden a admitir la procedencia de la rectificación de la inscripción de la cesión para constatar un elemento esencial a la misma, como es la reversión legal, en los términos pactados con el cesionario, siempre y cuando que tal rectificación venga apoyada en documento fehaciente que acredite tanto el texto literal de la resolución administrativa firme que acuerde la cesión, y contenga la citada garantía, como también la aceptación del cesionario de esos términos en el correspondiente expediente administrativo —art. 51.g) del Decreto 18/2006—, que debieron reflejarse tanto en el documento de formalización como en la inscripción registral, para lo cual será preciso, como ha ocurrido en este expediente, aportar nuevamente la escritura en la que se encuentre incorporado el acuerdo de cesión con la reversión. Por último, señalar que el hecho de que la sociedad titular «Sociedad para el Desarrollo de Camas, S.A.», esté en situación concursal no impide la rectificación solicitada y la inscripción de la cláusula de reversión cuya inscripción se omitió, sin prejuzgar, ahora, por no plantearse esta cuestión, si la reversión deberá ya operar en el ámbito del juez del concurso.

Resolución de 12-12-2016
(*BOE* 5-1-2017)
Registro de la Propiedad de Orihuela, número 4

LEGÍTIMAS: IMPUTACIÓN Y COLACIÓN.

No existe contradicción alguna entre los conceptos de colación e imputación pues son instituciones diferentes. El cómputo de la legítima es la fijación cuantitativa de esta, que se hace calculando la cuota correspondiente al patrimonio

hereditario del causante, que se determina sumando el *relictum* con el *donatum*. La imputación es el colocar a cuenta de la legítima lo que un legitimario ha recibido de su causante como heredero, como legatario o como donatario. Distinto de todo ello es la colación. Este es un tema de cálculo de legítima, cuando hay varios legitimarios y es, sencillamente, como la define la Sentencia de 17 de diciembre de 1992, la adición contable a la masa hereditaria del valor del bien donado; o, más precisamente, la agregación intelectual que deben hacer al activo hereditario los legitimarios que concurran en una sucesión con otros, de los bienes que hubieren recibido del causante en vida de este, a título gratuito, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de la partición, como dice el artículo 1035 del Código Civil. El causante puede dispensar de la colación a uno o varios de los legitimarios, pero no puede impedir que se computen para calcular la legítima, por mor del artículo 813 del Código Civil.

Resolución de 12-12-2016
(*BOE* 5-1-2017)
Registro de la Propiedad de Orihuela, número 4

LEGÍTIMAS: IMPUTACIÓN Y COLACIÓN. DONACIÓN: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 626 DEL CÓDIGO CIVIL

No existe contradicción alguna entre los conceptos de colación e imputación pues son instituciones diferentes. El cómputo de la legítima es la fijación cuantitativa de esta, que se hace calculando la cuota correspondiente al patrimonio hereditario del causante, que se determina sumando el *relictum* con el *donatum*. La imputación es el colocar a cuenta de la legítima lo que un legitimario ha recibido de su causante como heredero, como legatario o como donatario. Distinto de todo ello es la colación. Este es un tema de cálculo de legítima, cuando hay varios legitimarios y es, sencillamente, como la define la Sentencia de 17 de diciembre de 1992, la adición contable a la masa hereditaria del valor del bien donado; o, más precisamente, la agregación intelectual que deben hacer al activo hereditario los legitimarios que concurran en una sucesión con otros, de los bienes que hubieren recibido del causante en vida de este, a título gratuito, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de la partición, como dice el artículo 1035 del Código Civil. El causante puede dispensar de la colación a uno o varios de los legitimarios, pero no puede impedir que se computen para calcular la legítima, por mor del artículo 813 del Código Civil.

Si bien es cierto que la prohibición de disponer es un gravamen y no puede afectar a la legítima (arts. 815 y 782 del Código Civil) debe volver a insistirse en que no existe legítima hasta que no hay causante, momento en el que ha de efectuarse el cómputo, valoración (incluida la colación «impropia» del artículo 818) e imputación. Tampoco la aceptación de una donación en la que el donante incluya un orden de imputación de la misma implica una renuncia o transacción sobre la legítima futura, prohibida por el artículo 816 del Código Civil.

Si a partir de los dieciocho años se presupone el grado de madurez suficiente para toda actuación civil (con las excepciones legales que se establezcan), por debajo de esta edad habrá de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar, cubriendo la falta de previsión expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (arts. 1, 3 y 4 del Código Civil), y no por el recurso a una regla general de incapacidad que además no se aviene ni con el

debido respeto a la personalidad jurídica del menor de edad. La cuestión básica a efectos de la resolución de este recurso será, por tanto, la interpretación que debe darse al artículo 626 del Código Civil, cuando exige la intervención de los representantes legales de quienes no pueden contratar para aceptar donaciones condicionales u onerosas. Según señala la STS de 6 de abril de 1999, la donación modal es aquella «en que se impone al beneficiario el cumplimiento de una obligación, como determinación accesoria de la voluntad del donante». Es esta condición de verdadero obligado lo que da su carácter de onerosidad parcial (art. 622 del Código Civil) y justificaría el régimen especial de aceptación del artículo 626 del Código Civil. Por ello, habrá que estar a la naturaleza del gravamen impuesto sobre el bien donado y a los potenciales perjuicios que del mismo se puedan derivar para el donatario menor. En cuanto al caso concreto de la prohibición de disponer que se recoge en la escritura objeto de la calificación registral recurrida, es cierto que dicha previsión limita las facultades dispositivas del donatario, implicando un auténtico gravamen para el mismo, con eficacia real y «*erga omnes*» a través de su inscripción, y no cabe descartar de modo absoluto un potencial perjuicio para el donatario, en relación con los hipotéticos gastos derivados de una propiedad no disponible libremente. Pero, de otro lado, la existencia de gastos inherentes a la propiedad no debe servir para calificar una donación como onerosa, pues, si así fuera, todas lo serían, y el menor que acepta una donación de un inmueble en ningún caso tiene la libre disponibilidad del mismo.

Resolución de 13-12-2016
(*BOE* 5-1-2017)
Registro de la Propiedad de Borja

FINCA REGISTRAL: FINCAS INSCRITAS SIN INDICACIÓN DE SU SUPERFICIE. PRINCIPIO DE ROGACIÓN: EFECTOS.

Como ha señalado la Resolución de 25 de junio de 2015, «una finca que se halla inscrita sin expresión de su superficie no puede decirse que sea plenamente equiparable a una finca no inmatriculada. Es cierto que no consta la superficie, y que este es un dato esencial para su identificación. Pero también es verdad que aparecen unos linderos, la referencia a la calle de su situación y el número de gobierno, y la alusión a unos elementos construidos en la misma. Por otro lado, del historial registral pueden resultar una serie de titularidades jurídico-reales que a lo largo del tiempo se han ido sucediendo sobre la finca. Todo ello nos conduce a concluir que la finca como tal objeto de derechos sí que ha accedido al Registro. Lo que ocurre es que no consta correctamente especificada su superficie. Y, dada la trascendencia que el dato de la superficie tiene en la delimitación de la finca registral, podemos decir que la inscripción de la superficie de una finca que hasta ese momento no la tenía consignada en su historial registral, sin ser en sentido técnico una inmatriculación, tiene cierta entidad inmatriculadora. Nuestra legislación hipotecaria ha previsto una serie de procedimientos para rectificar la superficie de una finca inmatriculada cuando se detecta que se produjo un error al medirla en el momento de su primera inscripción».

En cuanto a la constancia de la cabida real y catastral de la finca número 8129, ciertamente que en la escritura no se ha solicitado de forma expresa ni

tácita que se siga reflejando la que aparece en el Registro en lugar de la que se dice en el titulo ser la real. Además, es doctrina reiterada de este Centro Directivo que de conformidad con los artículos 19.bis y 322 de la LH y 434 de su Reglamento, la rogación para la inscripción comprende todo el contenido del documento presentado a la misma salvo que se exprese lo contrario. El artículo 19.bis de la LH exige que «la calificación negativa, incluso cuando se trate de inscripción parcial en virtud de solicitud del interesado, deberá ser firmada por el Registrador, y en ella habrán de constar las causas impeditivas, suspensivas o denegatorias y la motivación jurídica de las mismas, ordenada en hechos y fundamentos de derecho, con expresa indicación de los medios de impugnación, órgano ante el que debe recurrirse y plazo para interponerlo, sin perjuicio de que el interesado ejercite, en su caso, cualquier otro que entienda procedente».

Resolución de 13-12-2016
(*BOE* 5-1-2017)
Registro de la Propiedad de Alcalá la Real

CALIFICACIÓN REGISTRAL: INDEPENDENCIA. REPARCELACIÓN URBANÍSTICA: RECTIFICACIÓN.

Como ha reiterado asimismo esta Dirección General, el Registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros Registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación.

Una vez inscrito el proyecto de reparcelación, con la nueva configuración jurídica plasmada en las respectivas fincas de resultado, resultan de aplicación de modo imperativo, los principios hipotecarios que estructuran nuestro sistema registral, como ha manifestado ya esta Dirección General, cuando se ha pretendido introducir modificaciones en el proyecto de reparcelación ya inscrito. Los singulares efectos de la subrogación real han llevado a este Centro Directivo a permitir la práctica de asientos sobre las fincas de resultado cuanto los títulos presentados en el Registro se referían a las fincas de origen y existía una perfecta correspondencia entre las fincas (cfr. Resolución de 3 de octubre de 2008), respetando, por supuesto, las exigencias del tracto sucesivo y la legitimación registral —cfr. arts. 20 y 38 de la LH— y del propio principio de prioridad registral —art. 17—. Sin embargo, lo que se pretende en este caso es la inscripción de una rectificación descriptiva referida a un título anterior a la reparcelación, previo a esta y ya inscrito, lo que daría lugar a una situación contradictoria e incompatible con la actual configuración de las fincas resultantes de la reparcelación también inscrita, vulnerando los citados principios de prioridad, legitimación y tracto sucesivo. Por todo ello, para lograr la rectificación pretendida será necesario rectificar igualmente tal proyecto cumpliendo con el procedimiento y requisitos correspondientes.

Resolución de 13-12-2016
(*BOE* 5-1-2017)
Registro de la Propiedad de Tacoronte

RECURSO GUBERNATIVO: OBJETO. PRINCIPIO DE LEGALIDAD: DOCUMENTO PÚBLICO. ANOTACIONES PREVENTIVAS: CANCELACIÓN.

Es doctrina reiterada que aun cuando el recurrente se refiere en su escrito de recurso tanto a la calificación del Registrador sustituido como a la emitida por el Registrador sustituto, el citado recurso debe referirse única y exclusivamente contra la calificación emitida por el primero, como así resulta tanto de la propia dicción del artículo 19 bis de la LH en su apartado quinto como de la referencia referida a los posibles recursos tanto en la calificación emitida.

Por tanto, como de manera acertada apuntan tanto la Registradora recurrida como el sustituto en sus respectivas calificaciones todo documento que no cumpla tal principio de titulación pública no puede ser tenido en consideración en el seno del procedimiento registral. De igual manera debe recordarse que, como, también ha declarado de manera reiterada esta Dirección General, en los recursos contra la calificación de los Registradores solo cabe tener en cuenta los documentos presentados en tiempo y forma en el Registro para su calificación, toda vez que el artículo 326 de la LH limita el recurso exclusivamente a las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, debiendo rechazarse cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma (Resolución de 1 de octubre de 2015). Por tanto, debe mantenerse el defecto relativo a la falta de acreditación de las facultades representativas del recurrente respecto de la mercantil.

Al quedar garantizado con las anotaciones preventivas de embargo, no procede la cancelación de dichas anotaciones de embargo sino en la forma establecida por la ley, ya que fuera de los supuestos de caducidad de la anotación preventiva —art. 86 de la LH— las anotaciones hechas en virtud de mandamiento judicial o administrativo no se cancelarán sino por providencia ejecutoria —resolución firme— que ordenará el juez o tribunal cuando sea procedente —art. 83 de la LH.

Resolución de 13-12-2016
(*BOE* 5-1-2017)
Registro de la Propiedad de Alicante, número 2

SOCIEDADES MERCANTILES: CONSTANCIA DE SU ESTADO DE LIQUIDACIÓN. RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Como ha dicho este Centro Directivo (cfr. Resolución de 5 de octubre de 2016) «si bien el cambio en la nomenclatura de una sociedad como consecuencia de su situación de liquidación no conlleva por sí solo una alteración en la titularidad de los derechos que pueda ostentar la misma, si puede tener acceso al Registro, no solo para reflejar de modo más exacto el nombre de la sociedad, sino porque además dicha modificación supone un reflejo de la situación societaria y de los efectos que la misma produce, singularmente en el régimen de administración y transmisión de bienes pertenecientes al activo societario». Ahora bien, para que pueda practicarse dicha inscripción será preciso que sea solicitada dicha modificación por persona con facultades suficientes, se acredite dicha situación

mediante documentación pública (cfr. art. 3 de la LH), o bien por comprobación que realice el Registrador de la Propiedad al Registro Mercantil de la inscripción en la que conste dicha situación de liquidación.

La rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho —lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad—, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho.

Resolución de 14-12-2016
(*BOE* 7-1-2017)
Registro de la Propiedad de Palencia, número 2

DOCUMENTOS JUDICIALES: FORMALIDADES EXTRÍNSECAS. CONCURSO DE ACREEDORES: FINALIZACIÓN DEL CONCURSO POR INSUFICIENCIA DE LA MASA ACTIVA Y ANOTACIÓN DE EMBARGO.

Los documentos que no fueron presentados en el Registro junto con el mandamiento que ordena la extensión de la anotación preventiva de embargo, y que la Registradora no pudo tener en cuenta al emitir su calificación, conforme a lo dispuesto en el artículo 326 de la LH y como ha declarado reiteradamente este Centro Directivo, tampoco podrán ser examinados para la resolución del presente recurso.

Conforme a las Resoluciones de esta Dirección General de 19 de abril de 1972, 15 de marzo de 2006 y 11 de julio de 2011, la ausencia del sello del juzgado o tribunal constituye una formalidad extrínseca del documento que genera dudas sobre la autenticidad del mismo y por lo tanto calificable por el Registrador. En el caso de este expediente los folios del mandamiento no aparecen sellados por lo que las dudas de la Registradora son fundadas, si bien como afirma el propio recurrente el defecto es fácilmente subsanable solicitando al juzgado el cumplimiento de dicha formalidad.

Por lo que se refiere a la situación de concurso, de obligatoria publicación en el «Boletín Oficial del Estado», inscripción en el Registro Mercantil y de la Propiedad y objeto de reflejo en el Registro Público Concursal, su toma en consideración directa por el Registrador viene exigida en cumplimiento estricto de los deberes que resultan de la Constitución y obligan desde su publicación a todas las Administraciones públicas. Deberes que, en concreto, impiden reclamar a la parte la aportación de los documentos que ya tengan aquellas en su poder o les resulten fácilmente accesibles, como pasa indudablemente con los asientos del Registro Mercantil y la información procedente del Registro Público Concursal. Y ello no solo cuando se busca depurar datos confusos sino también para asegurarse, a la vista de la documentación presentada, de la legalidad de los asientos cuya inscripción se pide.

Se trata de dilucidar si constando en el Registro Mercantil la declaración de concurso de la sociedad titular de la finca y la posterior conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa mediante auto firme de fecha 6 de abril de 2016, procede practicar la anotación preventiva de embargo ordenada, o si como sostiene la Registradora debe procederse a la reapertura del concurso y una vez este hecho se produzca, autorizarse por el juez del concurso la anotación. La

conclusión del concurso por esta causa conllevará la extinción de la persona jurídica y la cancelación de su inscripción registral. Pero, como también ha señalado la doctrina y la jurisprudencia, esto no significa que se produzca una extinción, vía condonación, de las deudas de la sociedad, ni que los bienes que permanezcan a nombre de la sociedad pasen a ser *res nullius*. La extinción de la personalidad jurídica que dispone el artículo 178.3 de la Ley Concursal debe entenderse como una presunción de extinción de la sociedad a favor o en garantía de terceros de buena fe, evitando así que la sociedad deudora e insolvente pueda seguir operando en el tráfico. Pero resulta inoperante respecto de los acreedores subsistentes, ya que estos, según dispone el mismo artículo 178, en su apartado 2, podrán iniciar ejecuciones singulares contra el deudor persona jurídica, por lo que esta ha de conservar su personalidad jurídica o capacidad procesal para soportar en el lado pasivo esas reclamaciones.

Solo si tras la finalización del concurso concluido por liquidación o insuficiencia de masa, se produjera la aparición de nuevos bienes o derechos, o se diesen los presupuestos precisos para el ejercicio de acciones de reintegración o la posible calificación de culpabilidad del concurso, habrá lugar a la reapertura del concurso en los términos del artículo 179.2 de la Ley Concursal. La existencia o no de tales requisitos debe apreciarse por el Juez mercantil que ha conocido el procedimiento concursal, ya que la reapertura del concurso no implica sino la continuación del procedimiento inicial. Por lo tanto, para que pueda extenderse la anotación de embargo ordenada en una ejecución singular iniciada una vez concluido el concurso por insuficiencia de masa activa, es preciso que quede debidamente acreditado que la finca no ha sido objeto de liquidación en sede concursal o, en caso contrario, que no se ha acordado la reapertura del concurso.

Resolución de 14-12-2016
(*BOE* 7-1-2017)
Registro de la Propiedad de Olmedo

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: INSTANCIA DE HEREDERO ÚNICO. INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: ACTA DE NOTORIEDAD.

En primer lugar se plantea en este expediente si una instancia privada de manifestación de herencia suscrita por heredero único puede servir de título inmatriculador. El artículo 205 de la LH, en la redacción dada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, dispone que «serán inscribibles, sin necesidad de la previa inscripción y siempre que no estuvieren inscritos los mismos derechos a favor de otra persona, los títulos públicos traslativos otorgados por personas que acrediten haber adquirido la propiedad de la finca al menos un año antes de dicho otorgamiento también mediante título público (...)». Por tanto, a efectos de la inmatriculación de fincas en el Registro de la Propiedad es preciso que se aporte un título público traslativo. Este caso de heredero único se ha citado tradicionalmente como una de las excepciones al principio de titulación pública (consagrado en el art. 3 de la LH), al permitir el acceso al registro una mera instancia privada determinativa de los bienes comprendidos en la sucesión para lograr la modificación tabular a su favor (en base al art. 16 de la LH). Sin embargo, esta afirmación no es totalmente precisa, ya que el principio de titulación se respeta desde el momento en que el título a los efectos del Registro conforme al primer párrafo del artículo 14 (testamento, contrato sucesorio, declaración de

herederos o certificado sucesorio), al que acompaña la instancia, deberá cumplir las exigencias de dicho principio. Sin embargo, no puede olvidarse que en caso de inscripción de herencias, el título es de carácter complejo, pues lo integran tanto el título propiamente sucesorio como el documento en que se formaliza la adjudicación de herencia (cfr. arts. 14.2.º y 3.º, y 16 de la LH y 33 del RH), que no puede considerarse un documento meramente complementario. Por ello, no teniendo el carácter de título público una parte de este título complejo, no quedaría plenamente cumplida la exigencia prevista en el artículo 205 de la LH

De lo establecido en los artículos 14 de la LH y 79 del RH se desprende que este carácter excepcional de la instancia privada como título inscribible conlleva que debe limitarse al supuesto expresamente previsto en la norma y reiterado en el Reglamento, es decir, cuando los bienes estén previamente inscritos a favor del causante; lo que, por otra parte, concuerda con la exigencia del artículo 205 tanto en su redacción actual como en la anterior a la Ley 13/2015, de 24 de junio.

Según resulta del expediente, la presentación del documento se produjo bajo la vigencia de la ley una vez objeto de reforma, por lo que la titulación debe ser calificada a tenor del nuevo articulado, por ello las consideraciones del Registrador han de prevalecer. Recordando la Resolución de 19 de noviembre de 2015: «Por ello, ya no será admisible la simple declaración de la notoriedad del hecho de que una determinada persona es tenida por dueña de una determinada finca, como venía admitiendo el artículo 298 del RH, sino que, conforme a las exigencias expresadas en el nuevo artículo 205 de la LH, y a la regulación del artículo 209 del Reglamento Notarial, será necesario que, tras el requerimiento expreso en tal sentido y la práctica de las pruebas y diligencias pertinentes, el Notario emita formalmente, si procede, su juicio sobre la acreditación de la previa adquisición y su fecha, siempre y cuando, como señala el mismo precepto reglamentario, tales extremos le "resultasen evidentes por aplicación directa de los preceptos legales atinentes al caso"».

Resolución de 19-12-2016
(*BOE* 9-1-2017)
Registro de la Propiedad de Cangas

PUBLICIDAD FORMAL: REQUISITOS DE EXPEDICIÓN.

En relación con el interés legítimo, sostiene este Centro Directivo (cfr. la última Resolución sobre la materia de fecha 25 de noviembre de 2016) que debe ser: a) un interés conocido, en el sentido de acreditado o justificado (a excepción de los casos de autoridades, empleados o funcionarios públicos que actúen por razón de su oficio a los que la legislación hipotecaria presume dicho interés); b) ha de ser un interés directo o acreditar debidamente el encargo sin perjuicio de la dispensa del artículo 332.3 del RH, y c) ha de ser legítimo. Este concepto de interés legítimo es más amplio un concepto más amplio que el de «interés directo», pues alcanza a cualquier tipo de interés lícito. En este sentido la STS, Sala Tercera, de 24 de febrero de 2000 estableció que dicha exigencia reglamentaria de interés legítimo parece amparada por el artículo 222.7 de la LH que se refiere expresamente a los «fines lícitos» que se proponga quien solicite la información registral, fines lícitos que implican un interés legítimo en cuanto no contrario a derecho. En todo caso la justificación de un interés legítimo debe ser valorada en cada solicitud por el Registrador ya que está bajo su responsabilidad la publicidad

del contenido de los asientos. La Registradora debe valorar si el interés legítimo está o no justificado no solo atendiendo a la literalidad de la pretensión, sino también su congruencia con el resto de datos que se le proporcionen al requerir la información, de forma que la mera mención de un motivo, aun cuando sea de los considerados no podrá dar lugar a la inmediata obtención de la nota simple o certificación solicitada (o la ausencia de tales motivos, su denegación), sino que será el análisis conjunto de todas las circunstancias el que determinará tanto la apreciación del interés alegado como la extensión de los datos que a su juicio y bajo su responsabilidad, facilite la Registradora al peticionario de la información (*vid.* Resolución de 30 de mayo de 2014).

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (*vid.* Resolución de 25 de noviembre de 2016) que la legislación relativa a la protección de datos de carácter personal incide directamente en la obligación de los Registradores de emitir información sobre el contenido de los libros registrales. Así resulta explícitamente del contenido del artículo 222.6 de la LH. La aplicación de la normativa sobre protección de datos en el ámbito del Registro implica, entre otras cuestiones, que «los datos sensibles de carácter personal o patrimonial contenidos en los asientos registrales no podrán ser objeto de publicidad formal ni de tratamiento automatizado, para finalidades distintas de las propias de la institución registral. Cuando se ajusta a tal finalidad, la publicidad del contenido de los asientos no requiere el consentimiento del titular ni es tampoco necesario que se le notifique su cesión o tratamiento, sin perjuicio del derecho de aquel a ser informado, a su instancia, del nombre o de la denominación y domicilio de las personas físicas o jurídicas que han recabado información respecto a su persona o bienes».

Resolución de 20-12-2016
(*BOE* 9-1-2017)
Registro de la Propiedad de Sevilla, número 12

PROPIEDAD HORIZONTAL: MODIFICACIÓN DE LA SUPERFICIE DE LOS ELEMENTOS PRIVATIVOS. PROPIEDAD HORIZONTAL: TRASCENDENCIA DEL LIBRO DE ACTAS.

Como ha reiterado en numerosas ocasiones este Centro Directivo (*vid.* por todas la Resolución de 5 de marzo de 2014), de acuerdo con la exigencia del artículo 258.5 de la LH, la calificación ha de ser unitaria y global como expresión concreta del principio de seguridad jurídica consagrado en nuestra Constitución (art. 9.3). El Registrador de la Propiedad debe extremar su celo para evitar que una sucesión de calificaciones relativas al mismo documento y a la misma presentación, genere una inseguridad jurídica en el rogante de su ministerio incompatible con la finalidad y eficacia del Registro de la Propiedad. También tiene declarado este Centro Directivo que las consideraciones anteriores no pueden prevalecer sobre uno de los principios fundamentales del sistema registral como es el de legalidad, lo que justifica la necesidad de poner de manifiesto los defectos que se observen aun cuando sea extemporáneamente (cfr. art. 127 del RH y Resoluciones de 5 de marzo de 2014 y 7 de julio de 2015).

La rectificación de cabida de un piso en propiedad horizontal se debe ajustar a las reglas generales previstas para la modificación de cabida de una finca registral y, además, a las normas que regulan la modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, cuando la rectificación incurra en una verdadera alteración

de dicho título constitutivo. Este Centro Directivo ha reconocido la posibilidad de rectificación de errores de datos descriptivos, de manera que identificado un elemento privativo a través de esos datos descriptivos pudiera ocurrir que la superficie que se le haya asignado no se corresponda con la comprendida dentro de los linderos a través de los que se individualiza y de ser así, ningún obstáculo habría para rectificar tal error a través de un expediente de dominio, sin que ello suponga una modificación de aquel título constitutivo, sino la rectificación de un error padecido en el mismo equiparable a la que supone para cualquier otro título inscrito la inscripción de un exceso de cabida justificado de la finca a que se refería. Distinto sería el supuesto cuando los linderos que individualizan los elementos privativos son, como suele ocurrir en los edificios que se dividen en régimen de propiedad horizontal, elementos arquitectónicos —muros, tabiques—, en que cabe la posibilidad de que la diferencia entre la superficie que en el título constitutivo se les ha asignado y la que se pretende posteriormente registrar no se deba a un error en aquel título sino a una alteración posterior de aquellos elementos que la delimitan y que hasta cierto punto es frecuente cuando la división horizontal tiene lugar simultáneamente a la declaración de obra nueva en construcción, en ocasiones en su fase más inicial, y luego se introducen modificaciones que no tienen reflejo registral al tiempo de declarar la finalización de la obra o esta ni tan siquiera llega a producirse, o bien por incorporación a una finca de parte de otra colindante. En tal caso ya no se tratará de un supuesto de inscripción de exceso de cabida como rectificación de la que realmente corresponde a una finca, sino el ya señalado de asignación a su folio registral de una colindante que según el título de constitución del régimen no le correspondía.

Como afirmó la Resolución de 30 de enero de 2013, interpretar que la superficie útil o la construida que consta en el Registro, respecto de elementos independientes de un edificio en propiedad horizontal, es la correcta superficie útil y construida, aun sin variar la de los demás elementos, debe considerarse que supone una modificación de circunstancias que excede del ámbito de actuación unilateral de los propietarios de los elementos privativos. Por otra parte, la modificación de la superficie tiene consecuencias, conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley sobre propiedad horizontal, en la fijación de la cuota de participación de los elementos privativos en relación al total valor del inmueble, circunstancia que justificaría la imprescindible intervención del resto de propietarios. Por otra parte, la exigencia de modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal se ve reforzada por la nueva redacción que la Ley 13/2015 da al artículo 201 de la LH, cuyo número primero, apartado e), establece ahora que: «No podrá tramitarse el expediente regulado en los apartados anteriores para la rectificación descriptiva de edificaciones, fincas o elementos integrantes de cualquier edificio en régimen de división horizontal o fincas resultantes de expediente administrativo de reorganización de la propiedad, expropiación o deslinde. En tales casos, será necesaria la rectificación del título original o la previa tramitación del procedimiento administrativo correspondiente».

La Registradora estima en su calificación que no resulta acreditada la circunstancia de que el acuerdo ha sido adoptado por unanimidad, al no aportarse certificación del secretario de la que resulte que el acuerdo se ha adoptado con dicha unanimidad al no haberse opuesto ningún propietario en el plazo de un mes desde su notificación. De la documentación presentada resulta efectuada de forma fehaciente la citación a los propietarios y la notificación del acuerdo a los no asistentes así como el transcurso del plazo previsto en el precepto citado sin impugnación del mismo, motivo por el cual debe entenderse válidamente

adoptado el acuerdo conforme a la Ley sobre propiedad horizontal. Por ello, este defecto debe revocarse.

En cuanto a la exigencia de la constancia registral de diligenciado del libro de actas, debe afirmarse que la acreditación de la validez de un acuerdo de la comunidad de propietarios no puede quedar supeditada a que se haya dado o no cumplimiento a tal formalidad legal (arts. 19 de la Ley sobre propiedad horizontal y 415 del RH).

Resolución de 20-12-2016
(*BOE* 9-1-2017)
Registro de la Propiedad de Alcántara

PROCEDIMIENTO DE RECTIFICACIÓN DE CABIDA DEL ARTÍCULO 201 DE LA LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Como se ha señalado en las Resoluciones de 17 de octubre de 2014 y 21 de marzo de 2016, siguiendo esta doctrina consolidada: «a) 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; b) que fuera de esta hipótesis, la pretensión de modificar la cabida que según el Registro corresponde a determinada finca, no encubre sino el intento de aplicar el folio de esa última a una nueva realidad física que englobaría la originaria finca registral y una superficie colindante adicional, y para conseguir tal resultado el cauce apropiado será la previa inmatriculación de esa superficie colindante y su posterior agrupación a la finca registral preexistente».

Tras la reforma operada por la Ley 13/2015 también es indiscutible que para proceder a cualquier rectificación de la descripción es preciso que no existan dudas sobre la realidad de la modificación solicitada. Ahora bien, cabe distinguir a este respecto según si el expediente tramitado fuera el previsto en el artículo 201 de la LH, ya que el mismo se ha regulado en la reforma de la Ley 13/2015, de 24 de junio, con la finalidad específica de lograr toda clase de rectificación descriptiva. En este sentido, el último párrafo del apartado 1 del artículo 201 de la LH (con redacción diferenciada de la del apartado 3) limita los supuestos en los que pueden manifestarse dudas de identidad de la finca. Así, dispone que «si el Registrador, a la vista de las circunstancias concurrentes en el expediente y del contenido del historial de las fincas en el Registro, albergare dudas fundadas sobre la posibilidad de que el expediente de rectificación de descripción registral encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria, procederá a suspender la inscripción solicitada motivando las razones en que funde tales dudas».

En cuanto a la justificación de las dudas de identidad, como ha reiterado este Centro Directivo, siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del Registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados. El Registrador al tiempo de expedir la certificación debe manifestar las dudas de identidad que pudieran impedir la inscripción una vez terminado el procedimiento, ya que de este modo

se evitan a los interesados dilaciones y trámites innecesarios (cfr. Resolución de 8 de junio de 2016). Y ello sin perjuicio de la calificación que procede efectuar una vez concluida la tramitación ante Notario, a la vista de todo lo actuado, conforme al último párrafo del artículo 201.1 y de la regla sexta del artículo 203, sin que sea pertinente en dicho momento apreciar dudas de identidad, salvo que de la tramitación resulte un cambio en las circunstancias o datos que se tuvieron a la vista al tiempo de expedir la certificación.

Hay que considerar que en el procedimiento para la rectificación de la descripción de fincas regulado en el artículo 201 es preceptiva la aportación de una representación gráfica georreferenciada de la finca ya sea catastral o alternativa, tal y como se desprende de las letras b) y d) del artículo 201.1 de la LH. De conformidad con el artículo 9.b) de la LH, «una vez inscrita la representación gráfica georreferenciada de la finca, su cabida será la resultante de dicha representación, rectificándose, si fuera preciso, la que previamente constare en la descripción literaria». Esto supone que la descripción de la finca es la resultante de la representación gráfica, que prevalece y, si es necesario, rectifica la descripción literaria. Por tanto, en principio, ningún obstáculo hay en practicar la inscripción (o, en este caso, en expedir la certificación correspondiente) aunque en el documento se expresen dos descripciones literarias de la finca, siempre y cuando no exista duda sobre cuál sea la representación gráfica que debe inscribirse y exista correspondencia con la descripción literaria en los términos del artículo 9.b) de la Ley, ya que, en definitiva es esta la que determina, en definitiva, la descripción literaria que constará en los libros del Registro, según ha quedado expuesto.

Resolución de 21-12-2016
(*BOE* 10-1-2017)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 21

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO: REQUISITOS.

Pese a ser un documento presentado en el Registro de la Propiedad correspondiente con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/2015 conforme a su disposición final quinta (1 de noviembre de 2015), debe aplicarse la disposición transitoria única que establece que los expedientes regulados en el Titulo VI de la LH iniciados en el momento de la entrada en vigor de la citada norma deberán continuar su tramitación conforme a la normativa anterior.

Debe partirse de la doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones citadas en los «Vistos») en virtud de la cual el auto recaído en expediente de dominio para reanudar el tracto sucesivo interrumpido es un medio excepcional para lograr la inscripción de una finca ya inmatriculada a favor del promotor. Se impone por tanto una interpretación restrictiva de las normas relativas al expediente de reanudación del tracto y en especial de las que definen la propia hipótesis de interrupción de tracto, de modo que solo cuando efectivamente concurra esta hipótesis y así resulte del auto calificado, puede accederse a la inscripción. En esta misma línea, la regla primera del artículo 208 de la LH, en la redacción que le ha dado la Ley 13/2015, ha venido a confirmar el criterio que había sentado este Centro Directivo en numerosas Resoluciones.

El expediente de dominio (antes y después de la reforma de 2015) tiene como finalidad generar un título formal que permita obtener la inscripción en aquellos

casos en los que existe una interrupción del tracto que no puede ser subsanada mediante la presentación de los sucesivos títulos que han quedado al margen del Registro. Pero eso no significa que se genere un título formal abstracto, sino que, por el contrario, el expediente ha de basarse en el título de adquisición que haya aportado y justificado la persona que lo ha promovido. El título material de adquisición que ha de expresarse en el auto puede estar constituido por cualquiera de los mencionados en el artículo 609. Bien es cierto que la Registradora no puede exigir que se aporte copia del título material que ha fundamentado el auto, ni tampoco puede calificar la validez del mismo ni de las adquisiciones intermedias, dado que dichos extremos deben ser valorados exclusivamente por el Juez ante el que se sigue el expediente.

No obstante lo anterior, la Registradora en el último inciso de su nota señala que si la remisión al artículo 609 del Código Civil se efectuase en relación a la prescripción, no es el expediente de dominio el procedimiento adecuado. Sin embargo, la Resolución de 28 de mayo de 2015, recogiendo la doctrina contenida en la Resolución de 21 de marzo de 2003, establece la admisibilidad de la usucapión como título de adquisición del promotor o de los adquirentes intermedios.

Resolución de 21-12-2016
(*BOE* 10-1-2017)
Registro de la Propiedad de Alicante, número 3

TRANSACCIÓN JUDICIAL: TÍTULO INSCRIBIBLE.

Se plantea nuevamente la cuestión de si un acuerdo transaccional homologado judicialmente tiene la consideración de título inscribible en el Registro de la Propiedad. En las Resoluciones más recientes sobre la materia se ha sentado una doctrina más restrictiva, tendente a considerar fundamentalmente el aspecto de documento privado del acuerdo transaccional, por más que esté homologado judicialmente. En este sentido, cabe citar la Resolución de 9 de julio de 2013, en cuyo fundamento de Derecho tercero se afirmó que: «La homologación judicial no altera el carácter privado del documento, pues (...) se limita a acreditar la existencia de dicho acuerdo. Las partes no podrán en ningún caso negar, en el plano obligacional, el pacto solutorio alcanzado y están obligados, por tanto, a darle cumplimiento. Si bien es cierto que en virtud del principio de libertad contractual es posible alcanzar dicho acuerdo tanto dentro como fuera del procedimiento judicial ordinario en el que se reclamaba la cantidad adeudada, no lo es menos que el mismo supone una transmisión de dominio que material y formalmente habrá de cumplir los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para su inscripción en el Registro de la Propiedad». En el caso objeto de recurso se ha llegado a un acuerdo transaccional entre las partes de un procedimiento ordinario de disolución de condominio, en cuya virtud, los tres condueños demandantes se adjudican la cuarta parte indivisa correspondiente al condueño demandado sobre la finca 8792. Como ya se ha señalado, la transacción homologada por el juez constituye un título que lleva aparejada la ejecución (arts. 1816 del Código Civil y 415.2 y 517.1.3.a de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Por ello, tratándose de un acuerdo por el que se conviene la disolución de una comunidad ordinaria mediante la adjudicación de la cuarta parte indivisa de la demandada a favor de los demandantes, si ambas partes no procedieron voluntariamente a otorgar la correspondiente escritura, cualquiera de ellas puede solicitar la ejecución del

mismo a través de lo establecido en los artículos 705 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Resolución de 21-12-2016
(*BOE* 10-1-2017)
Registro de la Propiedad de San Sebastián de la Gomera

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: SOCIEDAD DE GANANCIALES DISUELTA Y NO LIQUIDADA.

Según la doctrina del Tribunal Supremo, disuelta la sociedad de gananciales y aun no liquidada surge una comunidad —«postmatrimonial» o «postganancial»— «sobre la antigua masa ganancial cuyo régimen ya no puede ser el de la sociedad de gananciales, sino el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria, en la que cada comunero (cónyuge supérstite y herederos del premuerto en caso de disolución por muerte, o ambos cónyuges si la causa de disolución fue otra) ostenta una cuota abstracta sobre el *totum* ganancial (como ocurre en la comunidad hereditaria antes de la partición de la herencia), pero no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes integrantes del mismo, cuya cuota abstracta subsistirá mientras perviva la expresada comunidad postmatrimonial y hasta que, mediante las oportunas operaciones de liquidación-división, se materialice en una parte individualizada y concreta de bienes para cada uno de los comuneros».

En cuanto a la posibilidad de embargar bienes de la sociedad ganancial en liquidación, se desprende la necesidad de distinguir tres hipótesis diferentes: 1. En primer lugar, el embargo de bienes concretos de la sociedad ganancial en liquidación, el cual, en congruencia con la unanimidad que preside la gestión y disposición de esa masa patrimonial (cfr. arts. 397, 1058 y 1401 del Código Civil), requiere que las actuaciones procesales respectivas se sigan contra todos los titulares (art. 20 de la LH). 2. En segundo lugar, el embargo de la cuota global que a un cónyuge corresponde en esa masa patrimonial, embargo que, por aplicación analógica de los artículos 1067 del Código Civil y 42.6 y 46 de la LH, puede practicarse en actuaciones judiciales seguidas solo contra el cónyuge deudor, y cuyo reflejo registral se realizará mediante su anotación «sobre los inmuebles o derechos que se especifique en el mandamiento judicial en la parte que corresponda al derecho del deudor» (cfr. art. 166.1.º, *in fine,* del RH). 3. Y, en tercer lugar, el teórico embargo de los derechos que puedan corresponder a un cónyuge sobre un concreto bien ganancial, una vez disuelta la sociedad conyugal. Se advierte, pues, que el objeto del embargo cuando la traba se contrae a los derechos que puedan corresponder a un cónyuge en bienes gananciales singulares carece de verdadera sustantividad jurídica; no puede ser configurado como un auténtico objeto de derecho susceptible de una futura enajenación judicial (cfr. Resolución de 8 de julio de 1991) y, por tanto, debe rechazarse su reflejo registral, conforme a lo previsto en los artículos 1 y 2 de la LH. Lo que no cabe nunca es el embargo de mitad indivisa del bien, pues mientras no esté liquidada la sociedad de gananciales y aunque haya disolución por divorcio de los cónyuges, no existen cuotas indivisas sobre bienes concretos.

Como ha quedado expuesto, las fincas registrales sobre las que se pretende tomar anotación preventiva de embargo constan inscritas a nombre del deudor con carácter presuntivamente ganancial y para la sociedad conyugal. La existencia de capitulaciones matrimoniales consta en otra finca registral, pero de la misma tampoco se deduce su inscripción en el Registro Civil. Como resulta de los artículos

1317 y 1331 del Código Civil hay que atender, no al momento en que el acuerdo modificativo produce efectos entre los cónyuges (esto es, la fecha de las capitulaciones correspondientes que permanece bajo el secreto del protocolo notarial), sino a aquel en que dicho acuerdo produce efectos respecto de terceros, pues no debe olvidarse que el artículo 77.2.º de la Ley del Registro Civil, en paralelo con el artículo 1219 del Código Civil, impone un requisito de publicidad registral (la indicación correspondiente al margen de la inscripción de matrimonio) para que las modificaciones en el régimen económico matrimonial produzcan efectos en perjuicio de terceros de buena fe. En definitiva, el momento decisivo a tomar en consideración será, pues, la fecha de la citada indicación. Consecuentemente con lo expuesto, en el presente caso debe entenderse que es suficiente la práctica de la notificación del embargo al cónyuge del deudor, al objeto de que pueda adoptar las medidas judiciales que considere oportunas en defensa de su titularidad, sin que, en el presente caso, y de acuerdo con lo expuesto sea necesaria la demanda.

Resolución de 22-12-2016
(*BOE* 10-1-2017)
Registro de la Propiedad de Ordes

TERCERÍA DE DOMINIO: ALCANCE Y EFECTOS.

La acción de tercería de dominio, que no puede ser identificada con la reivindicatoria, aunque presente ciertas analogías con ella, tiene por finalidad principal, no ya la obtención o recuperación del bien, que generalmente posee el propio tercerista y que ha de ser adquirido mediante un título que tenga realidad en el momento del embargo a cuya fecha ha de subordinarse el fallo, sino el levantamiento del embargo trabado sobre el mismo. Y esta línea jurisprudencial se ha visto ratificada en la Ley 1/2000, aplicable a este expediente, cuya Exposición de Motivos dice «la tercería de dominio no se concibe ya como un proceso ordinario definitorio del dominio y con el efecto secundario del alzamiento del embargo del bien objeto de la tercería, sino como un incidente, en sentido estricto de la ejecución, encaminado directa y exclusivamente a decidir si procede la desafección o el mantenimiento del embargo». La tercería no es un procedimiento autónomo sino la incidencia de una ejecución abierta y en trámite, determinando siempre una oposición a diligencias de juicio ejecutivo en marcha, y, por tanto, una incidencia del mismo, que persigue, exclusivamente, la pretensión liberatoria del embargo de la cosa más que la atribución del derecho de propiedad. Por lo que en este supuesto, habiéndose cancelado ya por caducidad la anotación preventiva, es correcta la actuación del Registrador en orden a la denegación de la inscripción del dominio a favor de la tercerista pretendida por el recurrente.

Resolución de 22-12-2016
(*BOE* 10-1-2017)
Registro de la Propiedad de Santander, número 4

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo, en cuanto a la cancelación de los asientos posteriores, que la caducidad de las anotaciones preventivas opera

ipso iure una vez agotado el plazo de cuatro años, hayan sido canceladas o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, de modo que los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la limitación que para ellos implicaba aquel asiento y no podrán ser cancelados en virtud del mandamiento prevenido en el artículo 175.2.ª del RH dictado en el procedimiento en el que se ordenó la práctica de aquella anotación, si al tiempo de presentarse aquel en el Registro, se había operado ya la caducidad. Y ello porque como consecuencia de esta, han avanzado de rango y pasado a ser registralmente preferentes (cfr. Resolución de 28 de noviembre de 2001 y 11 de abril de 2002). En el supuesto de hecho de este recurso, cuando el decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas se presentan en el Registro, la caducidad de la anotación del embargo de los que dimanan ya se habían producido.

Para que la cancelación de las cargas posteriores ordenadas en el mandamiento hubiera sido posible, debió haberse presentado en el Registro el testimonio del decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas o, al menos, el testimonio del auto de adjudicación para ganar prioridad, antes de que hubiera caducado la anotación preventiva de embargo que lo motivó. Ciertamente en el presente caso la documentación se había presentado el día 14 de enero de 2016, pero fue objeto de nota de calificación el día 4 de febrero de 2016, retirado el día 10 de febrero de 2016 y caducado el asiento el 9 de junio de 2016. En esa presentación se encontraba vigente la anotación de embargo, pero, sin embargo, se dejó caducar el asiento de presentación sin subsanar los defectos, por tanto, caducado el asiento de presentación, pierde la prioridad que hubiese ganado.

Finalmente debe rechazarse el argumento que señalan los recurrentes de que la calificación no ha sido unitaria y global con el argumento de que se presentaron los títulos dos veces anteriormente y no le señaló el defecto de la caducidad de anotación y ello porque caducados los asientos de presentación anteriores de un documento —como ha ocurrido en el presente caso—, el artículo 108 del RH permite volver a presentar dichos títulos que pueden ser objeto de una nueva calificación, en la que el Registrador —él mismo, o quien le suceda en el cargo— puede mantener su anterior criterio o variarlo, si lo estimase justo.

Resolución de 3-1-2017
(*BOE* 25-1-2017)
Registro de la Propiedad de Montilla

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA REANUDAR EL TRACTO SUCESIVO: ¿CUÁNDO HAY INTERRUPCIÓN DE TRACTO?

La Ley 13/2015, de 24 de junio, dio nueva redacción al artículo 208 de la LH contemplando un nuevo procedimiento para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido. Su apartado primero establece que «no se entenderá producida la interrupción del tracto sucesivo cuando la persona a cuyo favor hubiera de practicarse la inscripción haya adquirido su derecho directamente del titular registral o sus herederos. En tal caso, la inscripción únicamente podrá practicarse mediante la presentación del documento en que se hubiera formalizado la adquisición, declaración o constitución del derecho, objeto de la inscripción solicitada». Además de esta previsión expresa, debe partirse de la doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones citadas en los «Vistos») en virtud de la cual

el expediente para reanudar el tracto sucesivo interrumpido (antes judicial) es un medio excepcional para lograr la inscripción de una finca ya inmatriculada a favor del promotor.

En el presente caso la mercantil promotora del expediente adquiere por título de aportación social formalizado en escritura pública de quienes previamente habían adquirido por título de compraventa en documento privado del titular registral. El tenor literal de la norma primera del artículo 208 antes transcrita excluye la interrupción del tracto únicamente en los supuestos en que la adquisición se haya efectuado directamente del titular registral o bien de los herederos de este, lo que viene a consagrar legalmente la doctrina que sobre este particular ha venido manteniendo este Centro Directivo. En el presente caso, tal y como señala el Registrador en su calificación, no existe una verdadera interrupción del tracto ya que solo existe pendiente de formalización pública el documento de adquisición directa del titular registral.

Por último, ha de tomarse en consideración el hecho de que la mercantil titular registral en el año 1984, cuando se produce la compraventa, se encontraba incursa en una situación concursal, la antigua quiebra, y que los entonces integrantes de la comisión liquidadora o bien han fallecido o cuentan con una edad o circunstancias personales que, cuando menos, dificultan enormemente o directamente impiden en la actualidad la elevación a público del referido contrato privado de compraventa. Sin embargo, tal dificultad no debe alegarse en sede de recurso (cfr. art. 326 LH), sino que debió reflejarse por el Notario autorizante en el propio acta como justificación para la tramitación de este procedimiento de reanudación de tracto, máxime cuando incluso consta citado uno de los liquidadores de la extinta sociedad.

Resolución de 3-1-2017
(*BOE* 25-1-2017)
Registro de la Propiedad de Mijas, número 1

PROPIEDAD HORIZONTAL: SIN CONSTITUIR FORMALMENTE.

En el presente caso, nos encontramos ante un conjunto de edificaciones física y jurídicamente independientes y unas supuestas zonas comunes destinadas a aparcamientos, piscina, pista de tenis, zonas deportivas, viales, oficinas, zonas de jardines y de recreo y un local. Dado que todas las edificaciones figuran inscritas bajo un número de finca diferente para cada una y sin que conste inscrita la constitución de ningún régimen de propiedad horizontal entre ellas y las supuestas zonas comunes, cabrían, en principio, dos posibles hipótesis. La primera sería entender que nos encontramos ante una copropiedad romana o por cuotas, en la que la cotitularidad de las llamadas zonas comunes corresponde por iguales partes indivisas a todos y cada uno de los distintos propietarios de edificaciones. La segunda hipótesis sería entender que nos encontramos ante un régimen de propiedad horizontal de hecho, no constituido formalmente. Y precisamente el régimen de propiedad horizontal es el adecuado para regular las situaciones en las que se produce una coexistencia entre derechos de propiedad individual y copropiedad sobre elementos comunes, como en el caso que nos ocupa, aun cuando el único elemento común sea el terreno y local.

Si la intención del interesado es, como se deduce de su recurso, configurar las supuestas zonas comunes (terreno y local) como una comunidad romana

u ordinaria, es necesario que consientan, por sí o debidamente representados, en la escritura de rectificación y cesión gratuita todos los que van a adquirir la copropiedad de esos inmuebles, especificando, además de la causa onerosa o gratuita de tal adquisición, la cuota indivisa que cada uno adquiere, y si tal cuota corresponde a tal titular presente, aunque después enajene su propiedad, o al que en cada momento sea titular de determinada finca privativa, a modo de vinculación *ob rem* entre los elementos comunes y los privativos.

Resolución de 4-1-2017
(*BOE* 25-1-2017)
Registro de la Propiedad de Mula

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA RECTIFICACIÓN DE CABIDA: PROTECCIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.

Pese a ser un documento presentado en el Registro de la Propiedad correspondiente con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/2015 conforme a su disposición final quinta (1 de noviembre de tal año), debe aplicarse la disposición transitoria única que establece que los expedientes regulados en el Título VI de la LH iniciados en el momento de la entrada en vigor de la citada norma deberán continuar su tramitación conforme a la normativa anterior.

Los tres primeros defectos consignados en la calificación recurrida giran en torno a la posible afectación, en caso de que se practique la inscripción del exceso de cabida, de una vía pecuaria colindante con la finca objeto del expediente. La protección registral que la Ley otorga al dominio público no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el Registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción. Por tal motivo, con carácter previo a la práctica de la inscripción, y conforme a lo previsto en distintas leyes especiales, como la de costas o de montes, el Registrador ha de recabar informe o certificación administrativa que acrediten que la inscripción pretendida no invade el dominio público. Consecuentemente con todo ello, la propia Ley 13/2015, además, trata de proporcionar a los Registradores los medios técnicos auxiliares que les permitan conocer la ubicación y delimitación del dominio público, incluso no inmatriculado. Del contenido del informe de la Comunidad Autónoma y de las certificaciones catastrales descriptivas y gráficas que obran en el expediente y que se recogen en el auto como correspondientes a la finca 6077, resulta la configuración actual y en particular la superficie de la misma, sin que la parte dispositiva de la resolución especifique con claridad la concreta descripción que haya de recogerse en el folio registral como resultado de la estimación judicial de la pretensión del recurrente. Por eso sería conveniente una aclaración o complemento del mismo, que puede efectuarse incluso a instancia del interesado, que recoja una descripción actualizada de la finca, no solo en cuanto a la superficie resultante de la declaración del exceso, sino también en cuanto a sus linderos reales, debiendo confirmarse el primer defecto de la nota de calificación.

En cuanto a los defectos segundo, no haber sido notificada la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia como colindante en su condición de titular de la vía pecuaria y tercero, la posible afectación de terrenos de dominio público, recogidos en la nota de calificación, a la vista del citado informe emitido por la

Comunidad Autónoma y del expedido por el Ayuntamiento de Mula, no parecen justificadas las reticencias expuestas por la Registradora en su nota.

Si las dudas sobre la identidad de la finca no se han expresado por el Registrador al expedir la certificación, no puede pretender plantearlas al presentarse a inscripción el auto judicial aprobatorio del expediente de dominio (cfr. Resolución de 4 de febrero de 2012), salvo que en tal momento, y con carácter de excepción a la citada regla general, el Registrador tenga no ya dudas, sino la certeza de que la finca que se pretende inmatricular ya está inmatriculada, o de que el supuesto exceso de cabida de la finca inscrita encubre la pretensión de aplicar el folio de esta última a una realidad física que englobaría la originaria finca registral y una superficie colindante adicional, en cuyo caso debe primar la exigencia institucional de evitar tales situaciones, dada la quiebra que la solución contraria supondría del sistema de seguridad jurídica que debe proporcionar el Registro de la Propiedad, incluso en el caso de haberse expedido una certificación errónea.

Considerando que del auto judicial resulta la correspondencia de la finca con las parcelas catastrales; que, siguiendo el criterio del punto segundo de la Resolución-Circular de 3 de noviembre de 2015, debe entenderse solicitada en este caso la incorporación de la representación gráfica ya que en el título presentado se rectifica la descripción literaria de la finca para adaptarla a la resultante de la representación gráfica catastral. En cuanto al procedimiento para la inscripción de esta representación gráfica, no será necesaria la tramitación del previsto en el artículo 199 de la LH, habida cuenta que las notificaciones a los posibles colindantes afectados ya se han realizado en el curso de la tramitación del expediente judicial.

Resolución de 5-1-2017
(*BOE* 25-1-2017)
Registro de la Propiedad de San Sebastián de los Reyes, número 2

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: APODERADO DE UNA SOCIEDAD LUXEMBURGUESA CON PODER OTORGADO EN ESPAÑA.

Se debate en este recurso la inscripción de una escritura de cancelación de una hipoteca constituida a favor de una sociedad luxemburguesa que interviene representada en virtud de un poder otorgado ante un Notario español. Las exclusiones del Reglamento (CE) número 593/2008 del Parlamento Europeo y el Consejo de 17 de junio de 2008 (Roma I) nos obligan a remitirnos al Código Civil que en el artículo 9.11 considera Ley personal de las personas jurídicas la determinada por su nacionalidad y rige todo lo relativo a la capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción, y al artículo 10.11, que prevé que a la representación voluntaria, de no mediar sometimiento expreso, se le aplica la Ley del país en donde se ejerciten las facultades conferidas, habiendo incidido la doctrina en la significación del carácter atractivo por razones de efectividad de la *lex rei sitae* cuando el apoderamiento se refiere a actos o negocios relativos a bienes inmuebles.

En lo que hace a la suficiencia del poder y a la actuación del Notario español se reitera la doctrina de este Centro Directivo. Para entender válidamente cumplidos los requisitos contemplados en el mencionado artículo 98 en los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el Notario deberá emitir con carácter obligatorio un juicio acerca de la suficiencia de las facultades acreditadas

para formalizar el acto o negocio jurídico pretendido o en relación con aquellas facultades que se pretendan ejercitar. Las facultades representativas deberán acreditarse al Notario mediante exhibición del documento auténtico. Asimismo, el Notario deberá hacer constar en el título que autoriza, no solo que se ha llevado a cabo el preceptivo juicio de suficiencia de las facultades representativas, congruente con el contenido del título mismo, sino que se le han acreditado dichas facultades mediante la exhibición de documentación auténtica y la expresión de los datos identificativos del documento del que nace la representación.

También ha señalado este Centro Directivo (cfr. Resolución de 9 de mayo de 2014) que de acuerdo con dicha doctrina cuando se trate de personas jurídicas y en particular, como sucede en este caso, de sociedades, su actuación debe realizarse a través de los órganos legítimamente designados de acuerdo con la Ley y las normas estatutarias de la entidad de que se trate, o de los apoderamientos o delegaciones conferidos por ellos conforme a dichas normas. Cuando dichos nombramientos sean de obligatoria inscripción en el Registro Mercantil y los mismos se hayan inscrito, la constancia en la reseña identificativa del documento del que nace la representación de los datos de inscripción en el Registro Mercantil dispensará de cualquier otra prueba al respecto para acreditar la legalidad y válida existencia de dicha representación. Cuando no conste dicha inscripción en el Registro Mercantil, según la reiterada doctrina de esta Dirección General esa mera circunstancia no es obstáculo a la inscripción del acto de que se trate en el Registro de la Propiedad, si bien en la hipótesis de acto otorgado por el administrador con cargo no inscrito en el Registro Mercantil deberá acreditarse al Registrador de la Propiedad la realidad y validez del nombramiento de administrador en términos que destruyan la presunción de validez y exactitud registral establecida en los artículos 20 del CCom. y 7 del RRM. En relación con la representación voluntaria con base en un poder general no inscrito o en un poder especial, este Centro Directivo ha declarado (cfr. Resolución de 5 de octubre de 2012), en el ámbito del Registro de la Propiedad, que la falta del dato de la inscripción en el Registro Mercantil como revelador de la válida existencia de la representación alegada puede ser suplida por la reseña en el título inscribible de aquellos datos y documentos que pongan de manifiesto la válida designación del representante social o apoderado por haber sido nombrado con los requisitos y formalidades legales y estatutarias por órgano social competente, debidamente convocado, y vigente en el momento del nombramiento (*vid.* en el mismo sentido la Resolución de 4 de junio de 1998), incluyendo la aceptación del nombramiento y, en su caso, notificación o consentimiento de los titulares de los anteriores cargos inscritos en términos que hagan compatible y congruente la situación registral con la extrarregistral.

El otorgamiento del poder, por parte de la sociedad luxemburguesa, ante Notario español supone que este, bajo su responsabilidad, ha tenido que verificar, con arreglo a la legislación aplicable, esto es, las Leyes de Luxemburgo, la existencia y capacidad de la sociedad extranjera y la regularidad de la actuación de la persona que intervenga por parte de ella. La nacionalidad extranjera de la sociedad determina que este poder no resulte inscribible en el Registro Mercantil español. El artículo 36 del Reglamento Hipotecario (al que se remite el art. 5 del RRM) posibilita que el Derecho extranjero pueda ser acreditado, entre otros medios, mediante aseveración o informe de un Notario, habiendo manifestado esta Dirección General (cfr. Resolución de 20 de julio de 2015) que si el Registrador entendiese, que del informe emitido por el Notario no se dedujera la conclusión pretendida en cuanto al sentido, alcance e interpretación de las normas extranjeras, deba el Registrador al

calificar, expresar y motivar las concretas razones de su rechazo, sin que, por tanto, sea suficiente una referencia genérica de falta de prueba del Derecho extranjero.

Resolución de 9-1-2017
(*BOE* 31-1-2017)
Registro de la Propiedad de Ejea de los Caballeros

OBRA NUEVA: LIBRO DEL EDIFICIO. OBRA NUEVA: GEORREFERENCIACIÓN.

Como ha reiterado esta Dirección General, el Registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros Registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación.

En cuanto al fondo del asunto, la reforma de la LH por la Ley 13/2015, de 24 de junio, modifica el artículo 202 y en su párrafo tercero señala que «salvo que por la antigüedad de la edificación no le fuera exigible, deberá aportarse para su archivo registral el libro del edificio, dejando constancia de ello en el folio real de la finca». En el caso particular del libro del edificio, elevado a requisito exigible a efectos de inscripción de la declaración de obra nueva, pero que deberá matizarse con la normativa propia de cada Autonomía, en su caso, en ejercicio de sus competencias en materia de vivienda. En este sentido, el depósito del libro del edificio será exigible, salvo que la normativa autonómica exima de depósito, circunstancia que no resulta de la normativa aragonesa. En cuanto a la excepción alegada por el recurrente, la letra a) del apartado 2 del artículo 2 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, exceptúa del ámbito de aplicación de la Ley «aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta».

Si bien los mencionados en segundo y tercer lugar son circunstancias objetivas que pueden ser apreciadas por el Registrador según las circunstancias expresadas en la documentación presentada a inscripción, no ocurre lo mismo con la primera de ellas ya que la «escasa entidad constructiva y sencillez técnica» implica un juicio de valor de carácter técnico que no corresponde efectuar al Registrador por exceder de su función calificadora, por lo que se precisaría que un técnico certificase tal circunstancia, quedando bajo la apreciación y responsabilidad del mismo. Por todas las consideraciones anteriores, el defecto debe ser confirmado.

En cuanto al defecto relativo a la falta de expresión del día exacto de expedición del certificado técnico en el que constan las coordenadas de la edificación, el artículo 202 de la LH, en su redacción dada por la Ley 13/2015, exige para la inscripción de la obras nuevas desde la entrada en vigor de esta Ley que la porción de suelo ocupada por cualquier edificación, instalación o plantación habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica. No contiene el precepto ninguna exigencia adicional relativa a la forma de la acreditación de tales coordenadas. Resulta intrascendente a efectos registrales la falta de precisión del día exacto de expedición de dicho certificado; considerando, además, que puede deducirse una fecha cierta con los datos que constan en el mismo. Por ello, este defecto debe revocarse.

Resolución de 10-1-2017
(*BOE* 31-1-2017)
Registro de la Propiedad de Herrera del Duque

UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 80 REAL DECRETO 1093/1997

Como ha reiterado este Centro Directivo —*vid.* Resoluciones citadas en «Vistos»—, corresponde al órgano autonómico competente apreciar si concurre o no las excepciones recogidas en el artículo 25 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 80 del Real Decreto 1.093/1997, de 4 de julio. Nada obsta a tal denegación, a que, como ocurre en el presente caso, el interesado obtuviera del Ayuntamiento, como administración urbanística competente, la correspondiente licencia de segregación, pues como ya ha señalado este Centro Directivo (*vid.* Resoluciones de 10 de junio de 2009, 2 de noviembre de 2012 y 25 de abril de 2014), si bien la licencia municipal, o en su caso la certificación municipal de innecesaridad de licencia, puede ser suficiente para cumplir con los requisitos urbanísticos impuestos a la segregación, cuando el asunto a dilucidar no es urbanístico sino agrario, carece la Administración local de competencia.

Habiéndose remitido al Registrador Resolución declarativa de la improcedencia de la segregación, por vulneración de la normativa agraria, dictada por el órgano autonómico competente, en el cauce procedimental del artículo 80 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, no cabe sino denegar la inscripción solicitada, sin perjuicio de que el interesado pueda obtener un pronunciamiento diferente de la Administración sobre la procedencia de las excepciones del artículo 25 de la Ley 19/1995, mediante la presentación de alegaciones o pruebas complementarias en el seno del procedimiento administrativo iniciado por la comunicación registral, o mediante los recursos pertinentes.

Resolución de 10-1-2017
(*BOE* 31-1-2017)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 4

CONCURSO DE ACREEDORES: EJECUCIÓN HIPOTECARIA DESPUÉS DE LA APERTURA DE LA FASE DE LIQUIDACIÓN.

Desde la declaración de concurso, los titulares de derechos reales de garantía, sobre bienes o derechos de la masa activa necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, no pueden iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos, y las actuaciones de ejecución o realización forzosa ya iniciadas a esa fecha sobre cualesquiera bienes o derechos de la masa activa quedaran suspendidas, si no lo hubiesen sido ya como consecuencia de la comunicación por el deudor del inicio de negociaciones con los acreedores, aunque ya estuviesen publicados los anuncios de subasta. Los titulares de derechos reales de garantía, sobre bienes o derechos de la masa activa no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado que pretendan iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos o que pretendan alzar la suspensión deberán acompañar a la demanda o incorporar al proce-

dimiento judicial o administrativo cuya tramitación hubiera sido suspendido el testimonio de la resolución del Juez del concurso que declare que no son necesarios para esa continuidad. La declaración del carácter necesario o no necesario de cualquier bien o derecho integrado en la masa activa corresponde al Juez del concurso, a solicitud del titular del derecho real, previa audiencia de la administración concursal. Los titulares de derechos reales de garantía sobre cualesquiera bienes o derechos de la masa activa, podrán iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos y continuar aquellos cuya tramitación hubiera sido suspendida desde la fecha de eficacia de un convenio que no impida el ejercicio del derecho de ejecución separada; o desde que hubiera transcurrido un año a contar desde la fecha de declaración de concurso sin que hubiera tenido lugar la apertura de la liquidación. La apertura de la fase de liquidación producirá la pérdida del derecho a iniciar la ejecución o la realización forzosa de la garantía sobre bienes y derechos de la masa activa por aquellos acreedores que no hubieran ejercitado estas acciones antes de la declaración de concurso. Las ejecuciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se acumularán al concurso de acreedores como pieza separada. Desde que se produzca la acumulación, la suspensión quedará sin efecto. La pérdida del derecho de ejecución separada en caso de apertura de la fase de liquidación se extiende a todas las acciones reales no ejercitadas, afecten o no a bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial de la sociedad deudora. La pérdida del derecho de ejecución separada en caso de apertura de la fase de liquidación se extiende a todas las acciones reales no ejercitadas, afecten o no a bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial de la sociedad deudora.

Es evidente, así, que el administrador concursal conoció la existencia de la ejecución hipotecaria, sin que hubiera formulado oposición, ni alegado la nulidad de lo actuado; y es evidente igualmente que se aquietó al resultado de esa ejecución. Pero esa aquiescencia no puede sanar la nulidad radical de la ejecución, ni puede legitimar la inscripción de la nueva titularidad a favor de la entidad de crédito ejecutante y adjudicataria. El Registrador de la Propiedad no puede inscribir una adjudicación obtenida con violación de normas legales imperativas.

Resolución de 11-1-2017
(*BOE* 31-1-2017)
Registro de la Propiedad de Lepe

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO: ÁMBITO.

Es doctrina consolidada de este Centro Directivo que el convenio regulador, otorgado directamente 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. Un caso como el aquí planteado implica la transmisión de una vivienda y dos plazas de aparcamiento, adquiridos antes del matrimonio, sin que de los documentos presentados pueda concluirse o intuirse que constituya el hogar familiar de los

esposos y sin que el acto resulte preciso para liquidar el haber conyugal propiamente dicho, ni obedezca a una causa familiar *stricto sensu*.

Resolución de 11-1-2017
(*BOE* 31-1-2017)
Registro de la Propiedad de Fuenlabrada, número 2

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

El recurso no puede prosperar porque la cuestión que constituye su objeto, si practicada la inscripción derivada de una adjudicación en procedimiento judicial de apremio cabe proceder a la cancelación de cargas posteriores cuando la anotación que publicó aquel se encuentra caducada, ha sido resuelta negativamente en multitud de ocasiones por este Centro Directivo. Este Centro Directivo ha reiterado que las anotaciones preventivas tienen una vigencia determinada y su caducidad opera *ipso iure* una vez agotado el plazo de cuatro años, hayan sido canceladas o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, entre ellos la posición de prioridad que las mismas conceden a su titular, y que permite la inscripción de un bien con cancelación de cargas posteriores a favor del adjudicatario, que ha adquirido en el procedimiento del que deriva la anotación, de modo que los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la limitación que para ellos implicaba aquel asiento y no podrán ser cancelados en virtud del mandamiento prevenido en el artículo 175.2.ª del RH, si al tiempo de presentarse aquel en el Registro, se había operado ya la caducidad.

No obstante, como tiene declarado este Centro Directivo el actual titular registral tiene a su disposición los remedios previstos en el ordenamiento si considera oportuna la defensa de su posición jurídica (arts. 66 de la LH y 117, 594, 601 y 604 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y sin que la confirmación del defecto suponga prejuzgar la decisión que los tribunales, en su caso, puedan adoptar en orden a la preferencia entre cargas, mediante la interposición de las correspondientes tercerías o por el procedimiento declarativo que corresponda.

Resolución de 11-1-2017
(*BOE* 31-1-2017)
Registro de la Propiedad de Sant Mateu

HERENCIA: CAUSANTE DE NACIONALIDAD BELGA.

Se plantean ante este Centro Directivo distintas cuestiones relacionadas con la inscripción de transmisión de bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad a consecuencia del fallecimiento de un causante de nacionalidad extranjera. La primera cuestión que se plantea hace referencia a si resulta suficiente una traducción parcial del título sucesorio a los efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad. La respuesta no puede ser otra que la negativa de acuerdo a la doctrina que respecto de la integridad del título sucesorio tiene establecida esta Dirección General. Siendo como es uno de los títulos de la sucesión, a efectos del Registro, el acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato, la copia de esta, como las del testamento, el contrato sucesorio, o la declaración

judicial de herederos, han de presentarse en el Registro íntegras ya que, aparte de no resultar excepción en ningún sitio, la valoración de los documentos y su contenido, una vez autorizados, cuando se presentan ante otro órgano, corresponde no a quien los expide, sino al funcionario ante quien se pretenden hacer valer, que ha de poder conocerlos en su integridad antes de conceder o no la solicitud que, fundada en ellos, fue cursada por la parte. De conformidad con la anterior doctrina, es evidente que, tratándose de un documento extranjero redactado en lengua extranjera, su traducción, a efectos de acreditar su contenido y procurar su inscripción, ha de ser completa sin que sea suficiente la que se ha llevado a cabo de forma parcial. Este es el sistema que resulta del artículo 37 del RH y el que, para las actuaciones procesales, prevé el artículo 144 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Las recientes Resoluciones de 28 de julio de 2016 (con base en las anteriores de 1 de julio y 13 de octubre de 2015), han entendido la necesidad de aportar el justificante o certificado del Registro extranjero que recoja los títulos sucesorios otorgados por el causante o bien la acreditación de que, conforme al derecho material aplicable a la sucesión, no existe tal sistema de registro. Es cierto que la Resolución de 21 de marzo de 2016 entendió innecesario acreditar el contenido del Registro de Actos de Última Voluntad, pero en aquel caso, el Notario autorizante del certificado sucesorio llevado a cabo con arreglo a la ley material holandesa certificaba expresamente de dicho contenido, circunstancia que no se produce en el supuesto de hecho que da lugar a la presente.

El siguiente motivo de recurso hace referencia a la necesidad de aportar el testamento ológrafo llevado a cabo por la causante y que sirve de base a la expedición del certificado notarial belga de declaración de derechos. Lo cierto sin embargo es que resulta con la suficiente claridad que el documento autorizado por el Notario belga es un auténtico certificado sucesorio en los términos a que se refiere el actual artículo 14 de la LH. No obsta a lo anterior el hecho de que la fecha del fallecimiento de la causante sea anterior a la entrada en vigor del Reglamento (UE) número 650/2012, dado que la fecha de fallecimiento del causante es anterior al 17 de agosto de 2015, ni a la entrada en vigor de la actual redacción del citado artículo 14 (llevada a cabo por la disposición final primera de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional), pues lo trascendente es determinar si con arreglo a la ley material aplicable a la sucesión el certificado emitido por Notario extranjero es título sucesorio, materia que el Registrador no cuestiona en su calificación. El documento notarial belga se incorpora a la escritura pública española al efecto de justificar los derechos sucesorios que justifican las atribuciones que en la misma se llevan a cabo, por lo que si el Registrador considera que dicho documento no es apto para dicha justificación debe expresar los argumentos en que se sustenta su apreciación. En consecuencia, procede estimar el recurso en este punto por cuanto no siendo cuestionado el carácter de título sucesorio del documento notarial belga por el que se determinan y fijan los derechos sucesorios derivados del fallecimiento de la causante, resulta innecesario exigir la aportación del testamento ológrafo en que aquel basa su declaración (teniendo en cuenta, además, que como resulta del propio certificado del Notario belga, los derechos sucesorios derivan no solo de dicho testamento sino también del contrato matrimonial firmado en su día entre la causante y el cónyuge supérstite).

Aceptado que el documento notarial belga incorporado es título sucesorio en cuanto que certificado sucesorio conforme a su norma material (cuestión no planteada en la nota de defectos), y de conformidad con la doctrina de este Centro

Directivo resultante de la Resolución de 21 de marzo de 2016, la aseveración que lleva a cabo el Notario belga de que emite su certificado en base a la documentación necesaria, resulta suficiente a los efectos de justificar el hecho del previo fallecimiento del hijo de la causante y el reconocimiento de derechos a favor de los llamados y determinados nominativamente. Esta es además la misma técnica aceptada por el Reglamento (UE) número 650/2012, de 4 de julio, de sucesiones.

Resolución de 12-1-2017
(*BOE* 31-1-2017)
Registro de la Propiedad de Totana

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Inscrito el derecho de opción solo procede su cancelación en los términos establecidos en el artículo 82 de la LH: bien porque conste el consentimiento del titular registral bien porque se presente resolución judicial firme recaída en procedimiento en el que aquel haya sido parte. Si los titulares registrales o un tercero entienden que el contenido del Registro es inexacto, tienen a su disposición los procedimientos establecidos en los artículos 40 y 211 y siguientes de la LH sin que pueda pretenderse que se decida en el ámbito de un procedimiento como el presente que tiene un objeto distinto y en base a documentos que no fueron debidamente presentados al solicitar la calificación ahora impugnada (*vid.* art. 326 de la LH y, por todas, Resolución de 7 de septiembre de 2015).

Registro Mercantil y Bienes Muebles

por Ana M.ª DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 15-11-2016
(*BOE* 2-12-2016)
Registro Mercantil de Valencia VI

ESTATUTOS. TRANSMISIÓN DE PARTICIPACIONES.

Se debate la admisibilidad de la siguiente cláusula estatutaria: «El derecho de adquisición preferente se ejercitará por el valor razonable de las participaciones de cuya transmisión se trate, que será el menor de los dos siguientes: el precio comunicado a la sociedad por el socio transmitente, o el valor contable que resulte del último balance aprobado por la Junta. En los casos en que la transmisión proyectada fuera a título oneroso distinto de la compraventa o a título gratuito, el valor razonable coincidirá con el valor contable que resulte del último balance aprobado por la Junta».

Dado el carácter esencialmente cerrado de la sociedad de responsabilidad limitada, salvo los supuestos excepcionales de adquisición por el cónyuge, ascendiente o descendiente del socio o por sociedades del mismo grupo que, salvo

disposición estatutaria en contra, son casos de transmisión libre, la transmisión está sometida a las reglas y limitaciones que establezcan los estatutos. Si no existen, se aplica el régimen legal supletorio (arts. 107 y 108 LSC) según el cual, el precio de las participaciones, la forma de pago y las demás condiciones de la operación, serán las convenidas y comunicadas a la sociedad por el socio transmitente; y en los casos en que la transmisión proyectada sea a título oneroso distinto de la compraventa o a título gratuito, el precio será el fijado de común acuerdo por las partes y, en su defecto, el valor razonable de las participaciones, determinado este por un experto independiente, distinto al auditor de la sociedad.

El valor razonable es el valor de mercado, que se determina por aproximación, por lo que el valor contable no equivale a valor razonable o de mercado. No obstante, el régimen legal es supletorio del estatutario y este solo está sujeto a los límites generales derivados de las leyes y del propio tipo social. Y no hay ninguna norma que prohíba pactar como precio el valor contable que resulte del último balance aprobado.

La doctrina de la Dirección General existente señaló que el valor que resulte del balance no puede equipararse al valor real (hoy razonable). Y que la norma que no permite inscribir las restricciones estatutarias que impidan al accionista obtener el valor real de las acciones (123.6 RRM), debe aplicarse también a las sociedades de responsabilidad limitada. Y también que debe admitirse la validez de la cláusula estatutaria siempre que, por asegurar al accionista la razonable posibilidad de transmitir sus acciones, no pueda entenderse que le convierta en una suerte de prisionero de sus títulos. Por último, el Centro Directivo ha admitido la inscripción de cláusulas de valoración de participaciones en transmisión voluntaria por acto *inter vivos* aun cuando no coincida dicho valor con el valor razonable determinado por auditor de cuentas, por entender que no rebasan los límites generales de la autonomía de la voluntad, puesto que deben respetarse los límites impuestos por los usos, la buena fe y la prohibición del abuso del derecho, y de pactos leoninos y perjudiciales para terceros, teniendo en cuenta además que siempre queda a salvo el eventual control judicial de estos extremos.

Concluye la Resolución declarando que la cláusula debatida no puede rechazarse pues no implica una prohibición indirecta de disponer (al poder obtenerse *ex ante* el valor razonable o uno similar), ni un enriquecimiento injusto a favor de los restantes socios o de la sociedad, pues responde a lo pactado en Junta universal por unanimidad. No obstante, este sistema no garantiza el cumplimiento de las exigencias de imparcialidad y objetividad si el derecho de adquisición preferente es ejercitado por la sociedad, en tanto en cuanto el valor contable depende del balance aprobado por la Junta general.

Resolución de 23-11-2016
(*BOE* 15-12-2016)
Registro Mercantil de Barcelona II

CIERRE REGISTRAL. BAJA EN EL ÍNDICE DE ENTIDADES DE HACIENDA.

La regulación actual se contiene en el artículo 119.2 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto de Sociedades con un contenido idéntico al de su precedente y se completa con el artículo 96 RRM. Vigente la nota marginal de cierre por baja provisional en el Índice de Entidades, no se puede practicar ningún asiento en la hoja abierta a la sociedad afectada, salvo los asientos ordenados

por la autoridad judicial y la certificación de alta en dicho Índice. Por tanto, este cierre impide la inscripción tanto del nombramiento del nuevo administrador como la del cese del anterior. Las consecuencias de este cierre difieren de las que se producen en el caso de cierre por falta de depósito de cuentas (arts. 282 LSC y 378 RRM) en el que se admite como excepción también la inscripción del cese o dimisión de administradores, aunque no el nombramiento de los que hayan de sustituirles.

Resolución de 28-11-2016
(*BOE* 22-12-2016)
Registro de Bienes Muebles de Sevilla II

BUQUES. TÍTULO INSCRIBIBLE.

La Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, modificada en 2015, señala que el Registro de Bienes Muebles (Sección de Buques) produce los efectos jurídicos propios de la publicidad material de titularidades y gravámenes y está organizado tomando como modelo el Registro de la Propiedad inmobiliaria, razón por la cual se lleva mediante el sistema de folio real. La primera inscripción debe ser de dominio, inmatriculación, y se practica en virtud de certificación de la hoja de asiento expedida por el Registro de Buques y Empresas Navieras, acompañada del título de adquisición, que deberá constar en cualquiera de los documentos citados en su artículo 73 —escritura pública, póliza, resolución judicial firma o documento adminsitrativo— salvo que se trate de buques y embarcaciones de recreo o deportivas construidas en serie o de buques procedentes de países cuyas leyes no exijan esa forma de documentación. En este Registro se aplican los principios de titulación pública, legalidad, legitimación, fe pública registral e inoponibilidad en relación con la inscripción de buques, embarcaciones, artefactos y sus cargas. (arts. 73 a 77).

Por su parte el artículo 118 establece que el contrato de compraventa del buque debe constar por escrito, y que el comprador adquiere la propiedad del buque mediante su entrega, añadiendo que para que produzca efecto frente a terceros, debe inscribirse en el Registro de Bienes Muebles, formalizándose en escritura pública o en cualquiera de los otros documentos previstos en el artículo 73. El contrato de construcción naval debe constar por escrito y para su inscripción en el Registro de Bienes Muebles ha de elevarse a escritura pública o en cualquiera de los otros documentos previstos en el artículo 73 (art. 109).

No se puede optar entre uno u otro tipo de documento notarial (escritura, póliza), toda vez que la utilización de la forma documental adecuada no es discrecional, sino reglada, e inderogable por la mera voluntad de los otorgantes o del Notario.

La modificación del artículo 118 permitiendo la utilización de la póliza como documento hábil para inscribir, ya estaba en vigor al tiempo de intervenirse. Por otra parte, en este caso en puridad, no se ejerce por el comprador el derecho que se le reconoce en el contrato de arrendamiento en su día celebrado (entre las dos sociedades que otorgan la compraventa; ninguna de ellas una entidad financiera), sino que pactan, a través de la póliza, el ejercicio anticipado de la opción de compra, llevándose a término la compraventa del buque por acuerdo en el citado documento, y no en ejercicio del derecho del arrendatario que nace al finalizar el arrendamiento. A ello cabe añadir, para clarificar aún más la cuestión, que

no existe en el aludido contrato antecedente referencia alguna a arrendamiento financiero, sino solo a arrendamiento de un determinado bien.

Resolución de 30-11-2016
(*BOE* 2-12-2016)
Registro Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria II

CALIFICACIÓN. PRIORIDAD. TÍTULOS COMPATIBLES E INCOMPATIBLES.

Existiendo asiento de presentación vigente anterior al del documento cuya inscripción se solicita, lo procedente es aplazar o suspender la calificación de dicho documento mientras no se despache el título previamente presentado, (arts. 111, párrafo tercero, y 432.2 del RH, 80 del RRM y 18.4 del CCom.).

No obstante, esta regla general de prioridad que exige respetar el orden de presentación en el despacho de los títulos no impide el acceso al Registro de los títulos posteriores que sean compatibles con los que hayan sido objeto del asiento de presentación vigente anterior.

En el supuesto contemplado, el día 8 de marzo de 2016 la Junta general de la sociedad en liquidación acordó la designación de liquidadores. El Registrador denegó la inscripción por entender que la Junta general no había sido válidamente convocada. Dicha calificación, de fecha 22 de abril de 2016, fue impugnada el día 25 de mayo de 2016; y mediante Resolución de 3 de agosto de 2016, fue confirmada. El día 1 de junio de 2016, la Junta general —convocada por el Registrador Mercantil— acordó el cese de los administradores inscritos en el Registro Mercantil, el cese de los liquidadores designados en la Junta general de fecha 8 de marzo de 2016, con cargos no inscritos en el Registro, y el nombramiento de los tres liquidadores. El Registrador suspende la inscripción por estar aún vigente el asiento de presentación correspondiente al acuerdo anterior, siendo esta calificación la que ahora es objeto de impugnación.

Es evidente que en el momento de la calificación impugnada estaba vigente el asiento de presentación del título anterior (cuya prórroga duraba hasta que transcurrieran dos meses desde la publicación de la citada Resolución de 3 de agosto de 2016 en el *Boletín Oficial del Estado* —art. 327 de la LH—). Pero dichos acuerdos no son incompatibles y la junta había sido convocada correctamente por el Registrador Mercantil. De los tres acuerdos cuya inscripción se solicita, uno de ellos —el cese de administradores— resulta claramente compatible con el título anterior. Otro de los acuerdos, el de cese de los liquidadores, no puede acceder al Registro mientras no se haya inscrito el nombramiento de los mismos. Pero su nombramiento por la Junta de 8 de marzo de 2016 había quedado sin efecto por la Junta de 1 de junio de 2016 y la inscripción conjunta de ambos acuerdos (nombramiento y cese) puede realizarse, en su caso, en un momento posterior, por lo que puede practicarse la inscripción de los nuevos liquidadores que ha sido lo acordado en la Junta general, siempre y cuando concurran los demás requisitos para su válida inscripción.

Resolución de 12-12-2016
(*BOE* 5-1-2017)
Registro Mercantil de Zaragoza I

JUNTA UNIVERSAL. REDUCCIÓN DE CAPITAL. AMORTIZACIÓN DE PARTICIPACIONES.

De la doctrina del TS y de la Dirección General resulta que para que la Junta universal quede válidamente constituida y sus acuerdos puedan ser objeto de inscripción en el Registro Mercantil se requiere: a) que esté presente o representado la totalidad del capital social; b) que los asistentes, una vez comprobada la presencia del cien por cien del capital social, acepten por unanimidad la celebración de la Junta así como el Orden del día de la misma, y c) que la certificación de los acuerdos sociales (o la escritura o acta notarial) exprese las circunstancias previstas en los artículos 97 y 112 del Reglamento del Registro Mercantil, entre las que se encuentra la firma de acta por todos los asistentes a la misma. Pero este último requisito ha sido flexibilizado por la jurisprudencia en el sentido de que su falta no constituye un defecto que impida la inscripción porque, aunque tales firmas sean un dato necesario para la formación del acta, el hecho de su efectiva constancia o de su omisión no ha de recogerse en la certificación que sirve de base a la elevación a públicos de los acuerdos sociales, toda vez que no afecta a la validez y regularidad de aquellos (arts. 107 y 112-2 del RRM).

Deben identificarse las participaciones que son objeto de amortización que son aquellas de que sea titular cada uno de los socios proporcionalmente a la reducción pretendida. Después debe efectuarse la renumeración de las participaciones subsistentes dada la exigencia de numeración correlativa que tiene la finalidad de identificar debidamente las participaciones, con orden sucesivo que sirva para impedir la confusión que se derivaría, no ya de la circunstancia de estar designadas varias participaciones con el mismo número, sino del hecho de que entre un número y otro existan algunos no asignados a participación alguna.

Deben identificarse los socios a los que se les reintegra el valor de sus participaciones con todos los datos que exige el artículo 38 RRM, y expresarse las cantidades percibidas por cada uno de ellos, dada su responsabilidad temporal y solidaria hasta el importe de las mismas.

Resolución de 14-12-2016
(*BOE* 7-1-2017)
Registro Mercantil de Málaga IV

PODER. CALIFICACIÓN.

Se trata de una escritura de poder otorgada por un apoderado que confiere a un tercero determinadas facultades que no constan específicamente reseñadas en su propio poder inscrito en el Registro Mercantil y en el que se le faculta para sustituir todas o parte de las suyas.

Repasa la Resolución la doctrina del TS (Sentencia de la Sala de lo Contencioso de 20 de mayo de 2008 y Sentencia de la Sala de lo Civil de 23 de septiembre de 2011) y la doctrina del propio Centro Directivo sobre el alcance de la calificación registral del juicio notarial de suficiencia. El Registrador debe 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. Debe suspender la inscripción por falta de congruencia del juicio notarial acerca de 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, si bien puede hacerse dicha especificación al hacer la reseña de las facultades o bien al emitirse el juicio de suficiencia. Hay falta de congruencia si el 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 Mercantil o en otros registros públicos que el Notario y el Registrador pueden consultar.

Hace también la resolución un análisis de la naturaleza jurídica del negocio de sustitución del poder distinguiendo entre sustitución en sentido propio —transferencia del poder— y sustitución en sentido impropio —subapoderamiento o delegación subordinada del poder—. En el primer caso se extingue la relación entre el principal apoderado-sustituyente y el sustituto queda en relación directa y única con el principal (habría entonces que cancelar el poder por auto-revocación en la hoja registral). En el segundo caso la relación es entre apoderado y subapoderado (no hay que cancelar el primer poder). Hay que presumir en principio que quien puede sustituir en sentido propio, puede también subapoderar, pero en ambos supuestos hay que estar al título principal de apoderamiento para determinar el ámbito objetivo o material de las facultades concedidas de sustitución o subapoderamiento, habida cuenta que el negocio de sustitución o de subapoderamiento puede alcanzar todas o parte de las facultades primeramente concedidas.

En al caso contemplado estamos ante un poder general en el ámbito mercantil que incluye toda clase de actos y operaciones que recaigan sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico normales de la empresa por lo que el apoderado tenía facultades suficientes para subapoderar, por lo que el juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas no es erróneo ni incongruente. El que un poder no deba ser interpretado extensivamente no significa que deba serlo de forma restrictiva sino estricta, es decir, atendiendo a lo que propiamente y sin extralimitaciones constituye su verdadero contenido.

Resolución de 15-12-2016
(*BOE* 7-1-2017)
Registro Mercantil de Sevilla III

AUDITORES. AUDITOR VOLUNTARIO.

El auditor nombrado por disposición legal, debe ser designado por la Junta general antes de que finalice el ejercicio a auditar, por un período de tiempo inicial, que no podrá ser inferior a tres años ni superior a nueve. Para que

la sociedad quede exceptuada de la obligación de someter sus cuentas a verificación, es necesario reunir durante dos ejercicios consecutivos dos de las circunstancias que señala el artículo 263 LSC. Pero si se ha inscrito el nombramiento de auditor por un período de tiempo superior a tres años, y hasta un máximo de nueve, se mantendría la obligación de verificación contable, con la consiguiente presentación del informe en el Registro al depositar las cuentas, durante todo el tiempo que durase el nombramiento inicial, a no ser que el mismo quedase revocado.

En caso de que se haya inscrito el nombramiento de auditor voluntario, el depósito de las cuentas solo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Pero en el supuesto que se contempla en la inscripción del nombramiento de auditor se señala que ese nombramiento se limita únicamente a aquellos ejercicios en que la auditoría de cuentas resulte legalmente obligatoria. Por lo tanto, no será necesario presentar el informe de auditoría si en el ejercicio cuyas cuentas anuales se pretenden depositar no existe obligación legal de su auditoría.

Resolución de 15-12-2016
(*BOE* 7-1-2017)
Registro Mercantil de La Rioja

AUDITOR. NÚMERO DEL ROAC

La cuestión planteada en este caso no es si el Registrador ha de exigir y calificar, que la persona física que realiza informe para una sociedad auditora debe identificarse en el propio informe de auditoría y a su vez si figura inscrita como tal en el Registro de auditores y cumple los requisitos legales; o si, por el contrario, la firma en el informe de auditoría ha de hacerse por el representante legal de la sociedad y el cumplimiento de los requisitos establecidos para las sociedades auditoras está fuera de la calificación del Registrador. Lo que se discute es si en la casilla del modelo de presentación de cuentas ha de figurar el código del ROAC de la sociedad auditora o del auditor persona física que formula el informe por cuenta de aquella. Por ello la resolución del recurso se limita a este punto, indicando que el código que ha de constar en la casilla de la solicitud es la del auditor, persona física o jurídica que hubiese verificado las cuentas y que figura en su caso inscrito en el Registro Mercantil como tal, cuya inscripción en el ROAC ha debido verificar el Registrador.

Resolución de 16-12-2106
(*BOE* 7-1-2017)
Registro Mercantil de Alicante IV

SOCIEDAD PROFESIONAL. OBJETO. DISOLUCIÓN DE PLENO DERECHO.

La Resolución analiza la evolución de su doctrina y declara que tras la STS de 18 de julio de 2011, ante las dudas que puedan suscitarse en los supuestos en que en los estatutos sociales se haga referencia a determinadas actividades que puedan constituir el objeto, (en este caso el asesoramiento jurídico a empresas) bien de una sociedad profesional, bien de una sociedad de medios o de comu-

nicación de ganancias o de intermediación, debe exigirse para dar certidumbre jurídica la declaración expresa de que estamos en presencia de una sociedad de medios o de comunicación de ganancias o de intermediación, de tal modo que a falta de esa expresión concreta deba entenderse que en aquellos supuestos estemos en presencia de una sociedad profesional sometida a la Ley imperativa 2/2007, de 15 de marzo.

Disuelta de pleno derecho la sociedad y cerrada su hoja como consecuencia de la aplicación directa de la previsión legal de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, no procede la inscripción de unos acuerdos que, prescindiendo de dicha situación, pretenden la modificación del contenido registral en lo que se refiere al nombramiento de los administradores.

Cuando la sociedad está disuelta *ipso iure* por causa legal o por haber llegado el término fijado en los estatutos ya no cabe un acuerdo social sino que lo procedente, si se desea continuar con la empresa, es la prestación de un nuevo consentimiento contractual por los socios que entonces ostenten dicha condición.

El artículo 370 de la Ley de Sociedades de Capital lejos de imponer una liquidación forzosa contra la voluntad de los socios, se limita a delimitar el supuesto de reactivación ordinaria, al que basta un acuerdo social, de este otro que exige un consentimiento contractual.

Una vez abierta la hoja social y adecuado el contenido del Registro a las exigencias legales, la sociedad podrá llevar a cabo las modificaciones que su junta general, como órgano superior de formación de la voluntad social, estime oportunas

Resolución de 16-12-2016
(*BOE* 7-1-2017)
Registro Mercantil de Barcelona XI

RENUNCIA. CONVOCATORIA.

Reitera la abundante doctrina en el sentido de que cuando, como consecuencia de la renuncia la sociedad quede en situación de no poder ser debidamente administrada y no existe la posibilidad de que otro administrador con cargo vigente lleve a cabo la oportuna convocatoria de junta para la provisión de vacantes, (art. 171 LSC), no procede la inscripción sin que se acredite que el renunciante ha llevado a cabo la oportuna convocatoria de junta con tal finalidad.

En el caso contemplado ha quedado debidamente acreditada la convocatoria de Junta general por el administrador renunciante. No puede tomarse en consideración, para denegar la inscripción de la renuncia, un documento en el que se manifiesta por el socio mayoritario haber solicitado la presencia de Notario en la junta cuya presentación fue denegada por no ser susceptible de causar inscripción, al no cumplir los requisitos establecidos por el artículo 104 RRM para la anotación preventiva prevista en el mismo. El Registrador al calificar no puede tener en cuenta informaciones extrarregistrales, por conocimiento directo o por documentos obrantes en el Registro con asiento de presentación caducado, o aportados con fin distinto al de su inscripción.

Resolución de 19-12-2106
(*BOE* 9-1-2017)
Registro Mercantil de Vizcaya II

APORTACIÓN. DINERARIA Y NO DINERARIA. CERTIFICACIÓN BANCARIA.

En principio, la identificación de las aportaciones no dinerarias debe realizarse por cada uno de los bienes aportados y no por el conjunto de ellos, salvo que se trate de bienes de la misma clase o género que se aporten como un todo formando un grupo o conjunto o cuando se trate de la aportación de empresa o establecimiento mercantil o industrial que es contemplada como una unidad. En este caso un socio aporta varias aves que se describen por su especie, sexo, número de anilla y valor. Pese a las dudas que puedan surgir en cuanto a si se aportan de forma individualizada o en conjunto, la Dirección General opta por entender que la aportación es global puesto que al acordarse en el otorgamiento las aportaciones de cada socio se dice que se aportan todas y cada una de las aves por su valor global. No obstante si, como es el caso, el mismo socio hace también aportación no dineraria, sí es necesario diferenciar claramente qué participaciones se adjudican en contraprestación del desembolso que se realiza por la aportación del conjunto de aves, y cuáles en contraprestación del desembolso dinerario.

El error material en la numeración de las participaciones adjudicadas no puede provocar el rechazo de la inscripción de la escritura, cuando del conjunto de la misma se deduce que lo correcto es la expresión realizada en letras y no en guarismos. Las discordancias derivadas de errores que son fácilmente apreciables pueden ser obviadas al practicar el Registrador la inscripción, sin necesidad incluso de que se subsane previamente en la forma establecida en el artículo 153 del RN.

En el presente caso, la certificación bancaria puede suscitar algunas dudas, pues se dice que el dinero ha sido ingresado en una cuenta de acreedores para la sociedad, no que el importe ha sido ingresado en una cuenta a nombre de la sociedad en constitución como exige el artículo 62.1 LSC, pero esta irregularidad puede también obviarse pues la propia certificación señala que se expide a los efectos del propio artículo mencionado.

Resolución de 20-12-2016 (3 Resoluciones)
(*BOE* 9-1-2017)
Registro de Bienes Muebles de Madrid XVII

AERONAVES. ARRENDAMIENTO FINANCIERO. PREVIA INSCRIPCIÓN.

La cuestión fundamental debatida es si es o no inscribible en el Registro de Bienes Muebles un arrendamiento con opción de compra de una aeronave, cuya inmatriculación no ha sido practicada en dicho Registro. Al parecer se pretende la inmatriculación en base a dicho contrato de arrendamiento, dándose además la circunstancia de que el arrendatario figura como titular administrativo en el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles.

La inscripción de aeronaves en el Registro de Bienes Muebles se regula actualmente en los artículos 177 a 190 del RRM de 1956. Para conseguir la inscripción del mencionado contrato de arrendamiento financiero, el titular civil de la aeronave en primer lugar deberá registrarla a su nombre en el Registro de Matrícula de

Aeronaves, regulado hoy por el Real Decreto 384/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de matriculación de aeronaves civiles, y a continuación, en virtud de título hábil para ello, en la sección correspondiente del Registro de Bienes Muebles, y finalmente ya podrá proceder a la inscripción del contrato de arrendamiento financiero interesado. Una vez inmatriculada la aeronave en el Registro de Bienes Muebles los cambios de titularidad se inscriben a petición del interesado, primero en el Registro de Bienes Muebles, y este lo comunica telemáticamente al Registro de Matrícula de Aeronaves para su anotación en este. Las cargas y gravámenes se anotan de oficio en el Registro de Matrícula de oficio también en virtud de comunicado del Registro de Bienes Muebles.

Todo ello sin perjuicio de que, cuando la garantía establecida sobre la aeronave matriculada en España fuera susceptible de inscripción en un Registro Internacional serán de preferente aplicación las normas internacionales debiendo el Registrador, desde la práctica del asiento de presentación, o, en su caso, desde la inscripción, hacer constar la reserva de prioridad en el registro internacional correspondiente. El Registro de Bienes Muebles es el punto de acceso nacional de la información necesaria para la práctica de la inscripción internacional (DA 6.ª Real Decreto 384/2015, y artículo 18 del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, hecho en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001).

El Registro de Matrícula de Aeronaves es de carácter administrativo, mientras que el Registro de Bienes Muebles tiene carácter estrictamente jurídico. Su finalidad es el reflejo de la titularidad dominical de la aeronave, una vez registrada administrativamente y, a partir de dicho momento, recoger la totalidad de los avatares de carácter jurídico que le afecten y la de todas las cargas, gravámenes y, en su caso, arrendamientos financieros o no que se puedan constituir sobre la misma.

El sistema es muy similar al de otros objetos que se inscriben en el Registro de Bienes Muebles, como ocurre con la inmatriculación de los buques y la posterior constatación de los actos jurídicos que le conciernen y también similar al establecido para los vehículos automóviles si bien con la esencial diferencia, respecto de estos últimos, de que la apertura del folio registral en ningún caso se puede llevar a cabo con la presentación e inscripción de los distintos contratos inscribibles referidos a los mismos.

En cuanto al título inscribible en el Registro de Bienes Muebles, el sistema es escasamente formalista. El arrendamiento aunque sea financiero o por larga duración e inscribible, no tiene la consideración de derecho real; la escritura pública solo debe ser exigible si su necesidad está claramente establecida en la ley; y finalmente, para la inscripción de toda clase de derechos en el Registro de Bienes Muebles es suficiente con la utilización de los modelos, debidamente aprobados por esta Dirección General a que hace referencia el artículo 10 de la Ordenanza de 1999 o bien la escritura pública que contenga todos los requisitos necesarios para la inscripción.

Resolución de 21-12-2106
(*BOE* 10-1-2017)
Registro Mercantil de Valencia III

AUDITORES. AUDITOR VOLUNTARIO.

Se repite en esta Resolución lo declarado en la de 15 de marzo de 2016 en el sentido de que, inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las

cuentas solo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Esta doctrina ha recibido sanción legal en el artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital en su redacción dada por la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas. Aunque la redacción anterior no estaba vigente al tiempo de presentarse las cuentas a depósito resulta indubitada, de acuerdo con doctrina del Centro Directivo, la necesidad de acompañar el informe de auditoría cuando la sociedad no obligada a verificación contable ha designado e inscrito, auditor voluntario.

La diferencia con la resolución mencionada radica en que en aquella el auditor fue nombrado por la Junta general, mientras que en el caso ahora analizado lo designó un administrador solidario. No obstante el fundamento en que se basa la doctrina expuesta es en ambos supuestos la defensa del interés del socio minoritario. Nombrado e inscrito el nombramiento de un auditor con carácter voluntario se enerva el derecho del socio minoritario a solicitar el nombramiento por el Registrador Mercantil reconocido por artículo 265.2 LSC, ya que dados los principios de objetividad, independencia e imparcialidad que presiden la actividad auditora, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, ya sea este judicial, registral o voluntario, puesto que el auditor, como profesional independiente, inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas, ha de realizar su actividad conforme a las normas legales, reglamentarias y técnicas que regulan la actividad auditora.

La competencia de la Junta General para proceder al nombramiento de auditor de cuentas, así como los términos para realizar dicho nombramiento y su duración, solo son de obligado cumplimiento en aquellas sociedades que no pueden presentar en el Registro Mercantil sus cuentas en forma abreviada y que, por tanto, están obligadas por ley a la verificación contable. Fuera de estos supuestos la sociedad puede, a través de su órgano de administración, contratar los servicios de un auditor de cuentas, si lo considera necesario para la buena marcha de la empresa, pues este acto tiene la naturaleza propia de un acto de gestión y buena administración cuando se trata de sociedades no sujetas por ley a la obligación de auditar sus cuentas anuales

Resolución de 2-1-2017 (3 Resoluciones)
(*BOE* 25-1-2017)
Registro Mercantil de Cantabria

AUDITORES. INFORME. OPINIÓN DENEGADA.

Es competencia del Registrador Mercantil determinar el valor del informe del auditor a los efectos de practicar operaciones en el Registro Mercantil, analizando si con el mismo se cumple o no con la finalidad prevista por la legislación de sociedades y se respetan debidamente los derechos del socio cuando se ha instado su realización. Se pueden expresar cuatro tipos de opiniones técnicas: favorable, con salvedades, desfavorable y denegada.

No hay cuestión cuando el informe contiene una opinión favorable o favorable con salvedades, pues ambos supuestos implican la afirmación del auditor de que el informe que suscribe conlleva que las cuentas analizadas expresan la imagen fiel del patrimonio social, de su situación financiera y, en su caso, del resultado de las operaciones y de los flujos de efectivo (arts. 3.1.c la Ley de Auditoría y 6.1 de su Reglamento). Tampoco es problemática la evaluación del supuesto de

informe con opinión desfavorable, pues conlleva la afirmación de que las cuentas no expresan la imagen fiel del patrimonio social.

En el informe con reservas de las que resulte una opinión denegada, supuesto al que se asimila aquel en que el auditor se abstiene de emitir opinión, no puede equipararse la opinión denegada a la desfavorable.

El informe del auditor es una opinión cualificadas sobre el grado de fiabilidad de los documentos auditados y puede servir a los socios para la adopción del acuerdo relativo a las cuentas o su impugnación y a los tribunales para resolver sobre la misma, pero no tiene el valor de una resolución judicial firme e inapelable siendo perfectamente posible que otro auditor tenga una opinión técnica distinta.

Esta resolución hace referencia a otras anteriores que han tratado del tema, de todas las cuales se deriva que el Registrador debe analizar el informe del auditor y especialmente las reservas formuladas, por si de las mismas se deriva que pueda quedar frustrado el interés de los socios o de terceros. En el caso contemplado (el auditor carece de información suficiente para realizar su juicio de fiabilidad «dado que el nuevo programa informático instalado para hacer frente a la nueva situación económica de la empresa ha generado debilidades de control interno, gestión y registro contable de las operaciones llevadas a cabo por la entidad, lo que le ha impedido obtener evidencia de la razonabilidad de los saldos reflejados en la cuentas») se concluye que no procede el depósito.

Es necesario hacer constar en la memoria lo relativo al periodo medio de pago a proveedores conforme a lo dispuesto en la Ley 15/2010 y Resolución del ICAC de 29 de enero de 2016, sin que baste la manifestación del recurrente de los defectos surgidos por la implantación del nuevo sistema informático de gestión y contabilidad.

Resolución de 2-1-2017
(*BOE* 25-1-2017)
Registro Mercantil de Barcelona II

CERTIFICACIÓN. FACULTAD CERTIFICANTE.

Cuando la administración de una sociedad está encomendada a dos administradores mancomunadamente, como el caso que nos ocupa, la facultad indelegable de certificar corresponde a ambos conjuntamente. Solo cabe que esté expedida por uno solo de ellos cuando se ha adoptado un acuerdo mayoritario permitiéndolo. Consecuentemente no es posible depositar las cuentas anuales de una sociedad sin la certificación del acuerdo de su aprobación expedida por quien, orgánicamente y según el contenido del Registro, tiene atribuida esa facultad.

Resolución de 3-1-2017
(*BOE* 25-1-2017)
Registro Mercantil de Valencia IV

AUMENTO DE CAPITAL. APORTACIÓN NO DINERARIA. STOCK DE SOCIEDADES.

Se trata de un aumento de capital que se formaliza aportando una «unidad económica de stock de sociedades preconstituidas», añadiendo un listado en

el que consta el nombre de las sociedades con su correspondiente NIF, y se expresa que son una unidad económica, ya que son partes de la empresa que puede ser objeto de explotación individualizada, forman una unidad homogénea y susceptible de aprovechamiento al margen del conjunto del resto de la empresa, por estar constituidas las sociedades objeto de aportación con la finalidad específica de la posterior transmisión a terceros de sus participaciones sociales, conforme al Real Decreto 1/2010, de 8 de enero. En ese Real Decreto se pospone el cómputo del plazo para el inicio de la actividad de la entidad, a efectos de la revocación del número de identificación y, a cambio, se establece la obligación de facilitar determinada información censal. A esa misma actividad se refiere el Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, entendiendo por sociedades preconstituidas, aquellas constituidas sin actividad económica real para su posterior transmisión a terceros. No es función de la Dirección General, sino de los tribunales decidir sobre una supuesta nulidad de esas sociedades por falta de causa del negocio jurídico fundacional.

La exigencia de que se describan las aportaciones no dinerarias con sus datos registrales si existieran, la valoración en euros que se les atribuya, así como la numeración de las acciones o participaciones atribuidas, obedece al régimen de responsabilidad por la realidad y valoración de los bienes aportados La mayor simplicidad del régimen jurídico de las sociedades de responsabilidad limitada frente al de las sociedades anónimas, en que se exige valoración por experto independiente, impone como contrapartida la determinación de qué participaciones son las asumidas mediante el desembolso de cada una de esas aportaciones pues tan solo así podrá identificarse a los sujetos legalmente responsables de la realidad y valor de tal aportación en caso de que se pongan en cuestión. Cuando se trata de aportaciones de conjuntos de bienes que no son considerados en su estricta individualidad, sino que son contemplados en globo, la norma se flexibiliza pues el aportante responde de la legitimidad del todo en general.

En este caso lo que se aportan son sociedades ya constituidas y, al ser sujetos de derecho, no pueden ser objeto de aportación a otra sociedad. Sí sería posible, sin embargo, la aportación de las participaciones de dichas sociedades; o una modificación estructural, como una fusión o una escisión de una o varias partes del patrimonio social de las sociedades relacionadas que formen ramas de actividad para su consiguiente aportación a la sociedad cuyo capital se pretende ampliar; la aportación por otra sociedad de una rama de actividad, de modo que si no se produce el efecto de sucesión universal no sería necesario cumplir los requisitos establecidos por la Ley 3/2009 para la modalidad segregación.

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

El daño moral derivado de la ocultación por la esposa de la paternidad del hijo matrimonial*

The moral damage derived from the concealment by the wife of the paternity of the married son

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora Titular de Universidad
Derecho Civil. UCM

RESUMEN: Existencia de daños morales derivados de la ocultación por la esposa de que no era el padre del hijo habido durante el matrimonio. Daño consecuencia directa de un atentado a un bien no patrimonial como es la inexistencia de paternidad de un hijo al que se consideraba suyo. Hijo nacido dentro del matrimonio, cuya creencia de paternidad se basaba en la confianza generada en el contrato matrimonial. El daño surge de la ocultación y el mantenimiento del engaño que origina la creencia de la relación paternofilial, con todos los derechos y deberes fruto de la institución jurídica de la patria potestad. La única persona que podría proporcionarle tal conocimiento, la esposa, no solamente no lo hizo, sino que mantuvo una posición contraria a la realidad.

ABSTRACT: Existence of moral damages derived from the concealment by the wife that the husband was not the father of the child during the marriage. Damage direct consequence of an attack on a non-patrimonial property such as the absence of paternity of a child to whom it was considered his. Son born inside the marriage, which belief of paternity was based on the confidence generated in the matrimonial contract. The damage arises from the concealment and maintenance of the deception in the belief of the relation paternofilial, relationship, with all the

* Este trabajo se integra dentro del marco del Grupo de Investigación UCM «Derecho de Daños. Derecho de la contratación» de cuyo equipo de investigación formo parte.

rights and duties resulting from the legal institution of parental authority. The only person who could provide such knowledge, not only did not, but maintained a position contrary to reality.

PALABRAS CLAVE: Daño moral. Apariencia de paternidad.

KEY WORDS: Moral damage. Appearance paternity.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL DESCONOCIMIENTO DEL ESPOSO DE LA PATERNIDAD DEL HIJO MATRIMONIAL.—III. LA OCULTACIÓN DE LA MADRE.—IV. ACCIÓN EJERCITADA: EL *DIES A QUO* Y EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN.—V. EL DAÑO MORAL, LA OCULTACIÓN POR LA ESPOSA DE LA PATERNIDAD Y EL DOLO.—VI. PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD Y OCULTACIÓN DE LA PATERNIDAD.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—IX. ÍNDICE DE LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

Se ha publicado una Sentencia en la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 22 de septiembre de 2016[1], definida como de casuismo relevante, que nos vuelve a traer el tema de la indemnización por daño moral de la ocultación al supuesto padre de su paternidad del hijo matrimonial[2] y que nos da pie para poder afrontar el estudio doctrinal y jurisprudencial actual del asunto en cuestión.

Recordemos que el daño moral es un concepto abierto, no unitario, extrapatrimonial, que afecta a los sentimientos del propio interesado, (en nuestro caso, el marido a quien se le oculta la realidad de la paternidad) cuya estimación está impregnada de los valores dominantes en una sociedad o época determinada, valorable en función de las circunstancias del caso y solo cuantificable por aproximación.

Previamente cabe aclarar que tanto la filiación materna como la paterna constarán en la inscripción de nacimiento por referencia a la inscripción de matrimonio de los padres (art. 48 LRC). Y, como vamos a hacer referencia al supuesto concreto de hijos matrimoniales, la presunción legal de paternidad opera desde el mismo momento de la celebración del matrimonio y mientras no transcurran trescientos días desde la separación de los cónyuges (de hecho o legal) o desde la disolución del matrimonio, por divorcio, nulidad, muerte o declaración de fallecimiento del marido (arts. 73 y 85 del Código Civil).

La eficacia automática de la presunción da lugar a la inscripción de paternidad del marido de la madre y consecuentemente la filiación se calificará como matrimonial. Al apoyarse la presunción de paternidad en la presunción de convivencia conyugal (art. 69 del Código Civil), basta el cese legal de esta para que comience a correr el plazo de los trescientos días posteriores a la separación de los cónyuges (art. 102.1.° del Código Civil) aunque, mientras los cónyuges sigan viviendo bajo el mismo techo operará la presunción de paternidad.

El principio constitucional esencial (aunque no único) que inspira la regulación de las acciones de filiación es la libre investigación de la paternidad biológica,

pues el artículo 39,2 *in fine*, CE declara que la ley posibilitará la investigación de la paternidad. El mandato se inserta en el contexto de protección dispensado por el artículo 39 CE a la familia y los hijos, contexto en el que solo son mencionados los padres como obligados a prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio.

II. EL DESCONOCIMIENTO DEL ESPOSO DE LA PATERNIDAD DEL HIJO MATRIMONIAL

Como consecuencia del juego de la presunción en la matrimonialidad de la filiación puede ocurrir que el esposo desconozca la verdadera paternidad del hijo al que se le considera matrimonial. Por ello el marido es el primer legitimado para impugnar su paternidad matrimonial por no coincidir con la verdad biológica determinada extrajudicialmente por aplicación de la presunción del artículo 116 del Código Civil (o del art. 117 del Código Civil).

El artículo 136 del Código Civil establece que el marido puede interponer esta acción de impugnación de la filiación en el plazo de un año desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil, o, si ignorase el nacimiento a pesar de la inscripción, desde que conozca el nacimiento.

No obstante, el TC consideró en 2005 que la falta de previsión, como *dies a quo*, del conocimiento por el marido de que no es el padre biológico, vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de libre investigación de la paternidad (arts. 24.1 y 39.2 CE), por lo que *declaró inconstitucional el artículo 136 del Código Civil pero no nulo*. Lo que significa que el precepto sigue en vigor, pero debe concederse también legitimación al marido para impugnar la filiación si descubre la verdad (de su no paternidad) pasado el plazo fijado literalmente por el precepto. Así se contiene en las Sentencias del TC 138/2005[3] y 156/2005[4].

De este modo el marido que descubre la falsedad de su paternidad pasado un año desde la inscripción de la filiación conociendo el nacimiento, podrá impugnar dicha paternidad dentro del plazo de un año *desde que pudo saber que su mujer le fue infiel*. Artículo 136 del Código Civil que ha sido redactado recientemente por el apartado cuatro del artículo segundo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia[5].

La demostración de la no paternidad del marido se rige por el artículo 767.2 LEC, el cual admite toda clase de pruebas, así aparte de las biológicas, que son pruebas *directas*, pueden utilizarse las *indirectas*, como la impotencia del marido, la falta de convivencia con la esposa a pesar del matrimonio o la ausencia del marido en el periodo de la concepción.

III. LA OCULTACIÓN DE LA MADRE

Consecuencia de lo anterior, es decir del desconocimiento por parte del esposo de la paternidad del hijo matrimonial, implica la existencia de la ocultación por la madre de la gestación del hijo fuera del matrimonio. Ocultación referida a que solo ella podía ser conocedora de dicho hecho y puede mantener una posición contraria a la realidad. En este supuesto no cabe alegar simplemente que su marido conocía desde un primer momento que no era el progenitor biológico del

hijo nacido en el matrimonio, sino que debe probarse. Esta ocultación causa un daño moral a quien se creía padre biológico del mismo, como así ha indicado la Jurisprudencia.

En esta situación, el marido que descubre la falsedad de su paternidad pasado un año desde la inscripción de la filiación conociendo el nacimiento, podrá impugnar dicha paternidad dentro del plazo de un año *desde que pudo saber que el hijo no era suyo* (así se *interpreta ahora* el artículo 136 del Código Civil) tras su declaración de inconstitucionalidad y la modificación de la ley 26/2015, indicada.

Recordemos que el quebrantamiento de los deberes conyugales, entre los que se encuentra la fidelidad entre los esposos, podrían ser merecedores de un innegable reproche ético-social, pero no es susceptible de reparación económica[6]. La única consecuencia jurídica que contemplaba nuestra legislación substantiva antes de la reforma introducida por la Ley 15/2005, de 8 de julio, era la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su artículo 82 del Código Civil pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos por más que se considerase que existía una conculcación de los deberes contractuales. Hoy no existen las causas de separación, el artículo 82 del Código Civil, totalmente redactado por el apartado dieciocho de la disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria[7] se refiere únicamente a la posibilidad de acordar los cónyuges su separación de mutuo acuerdo transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. De forma que la inexistencia de fidelidad entre los esposos se va relajando y el reproche ético-social, con la evolución social se va suavizando.

IV. ACCIÓN EJERCITADA: EL *DIES A QUO* Y EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

Una de las cuestiones más importantes de la Sentencia se centra en el *plazo de prescripción del ejercicio de la acción de responsabilidad civil extracontractual* de donde deriva la posibilidad, o no, de reclamar el daño moral.

El legislador en aras de la seguridad jurídica y a fin de evitar que las relaciones paterno-filiales pudiesen ser atacadas en cualquier momento de la vida de sus protagonistas, sometió a plazo la impugnación de la filiación. De ahí que resulte interesante detenernos en este caso en concretar en qué momento comienza el *dies a quo*.

Ante la ocultación de la esposa, el presunto padre puede proceder a la interposición de la impugnación de la filiación matrimonial desde el momento en que tuvo sospechas sobre su paternidad. Acción que puede ser desestimada, como ocurrió en el supuesto de la SAP de Pontevedra[8].

Tras la consecución de una prueba directa y definitiva como es la prueba de ADN, informe de investigación biológica de paternidad que excluía al marido como padre biológico del hijo, se declaró en procedimiento de impugnación de filiación que no era el padre.

En este supuesto la acción ejercitada no ha prescrito ya que aunque el plazo de dicha acción es solo de un año, el *dies a quo* del plazo prescriptivo es aquel en el que fue notificada al actor *la resolución que declaró la firmeza de la Sentencia que estimó la impugnación de la paternidad*. Hasta ese momento seguía vigente la presunción de ser hijo del marido los nacidos tras la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a la ruptura convivencial (Recordemos art. 116 del Código Civil).

Una vez concretada la inexistencia de filiación matrimonial, se precederá a ejercitar la de responsabilidad extracontractual regulada en el artículo 1902 del Código Civil. Recordemos que el artículo 1968. 2.º del Código Civil previene que prescribe por el transcurso de un año la acción para exigir la responsabilidad civil por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902, desde que lo supo el agraviado.

El *dies a quo* del plazo prescriptivo es el momento de la notificación de la resolución que *declara la firmeza de la Sentencia que estima la impugnación de la paternidad, pues hasta entonces seguía operando la presunción del artículo 116 del Código Civil.*

V. EL DAÑO MORAL, LA OCULTACIÓN POR LA ESPOSA DE LA PATERNIDAD Y EL DOLO

La primera pregunta que deberíamos hacernos es porqué se establece la existencia de daño moral, y en qué consiste el mismo.

Ante el silencio del Código Civil en torno a esta cuestión[9], la doctrina más antigua[10] ya había indicado el carácter indemnizable del daño moral. No obstante es un descubrimiento jurisprudencial[11] que cambia el panorama jurídico y con el que se abre paso a la consideración y protección de los bienes jurídicos de la personalidad en general. DÍEZ-PICAZO[12] también lo definió como *borrosa figura*.

Admisión del daño moral, que como indica VICENTE DOMINGO[13] su reconocimiento «se vio favorecida por el principio de la reparación de los mismos no solo al agraviado, sino también los que se hubieren causado por razón de delito a su familia o a un tercero (daños rebote)».

MARTÍNEZ CALCERRADA[14], en una conferencia de 2008, aludió al daño moral contraponiéndolo al material y poniendo el énfasis en la necesidad de reparar aquellos daños sensibles no corporales, admitidos por la jurisprudencia. Daños que en ese momento señaló como toda «la gama de sufrimientos y dolores físicos o psíquicos que haya padecido la víctima a consecuencia del hecho ilícito, si por las características de la gravedad de la lesión, con su residuo de secuelas vitalicias, se origina un componente de desquiciamiento mental en el así lesionado».

DE ÁNGEL YAGÜEZ indica que «los daños morales son los infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social o la salud física o psíquica, en suma a los que se suelen denominar derechos de la personalidad o extrapatrimoniales»[15].

En la década pasada, la jurisprudencia comenzó estableciendo la existencia del daño moral, en nuestro caso, por aquellos producidos en la salud psíquica sin hacer referencia a la estima social, (aunque un poco de ello puede haber). Posteriormente, de forma expresa se alude a la necesidad de tratamiento psicológico (como en las Sentencias de Cádiz de 16 de mayo de 2014 y la de Valencia de 2 de noviembre de 2004, que veremos seguidamente).

Daños psicológicos propiciados por el hecho de dejar de ser padre, (y la familia extensa dejar de serlo también). En alguna Sentencia se habla de parientes y allegados (como en la SAP de Valencia de 5 de septiembre de 2007). Pero en esta Sentencia de la AP de Pontevedra de 22 de septiembre de 2016, la cuestión más relevante estriba en que el daño moral se produce por la ocultación y el engaño. Evidentemente en nuestro supuesto el hecho ilícito se traduce en la ocultación de la verdadera paternidad del menor, y el consiguiente engaño del que creía su hijo matrimonial.

Hoy el daño moral es un concepto plenamente asumido, y objeto de diferente casuística en el ámbito jurisprudencial, que encuentra su aplicación en multitud de hipótesis diversas, sobre todo por la variedad de circunstancias, situaciones o formas en que puede concurrir [16] donde se intenta compensar el *sufrimiento* del injusto.

En los últimos tiempos, el legislador ha dado muestras de su reconocimiento y la admisión de su reparación en diferentes ámbitos[17]. ÁLVAREZ PEDROSA, insiste en la compensación y estimación del daño moral causado por bienes o servicios defectuosos tras la ley de productos defectuosos, accidentes de circulación… incluido en diversas categorías como daño psíquico, inmaterial, psico-físico, moral, extrapatrimonial[18], o incluso biológico como indica DIAZ AMBRONA[19].

Conforme al criterio establecido por el Tribunal Supremo, el daño moral no suele ser objeto de prueba ni pericial ni testifical, sino que «se funda en la presunción implícita de tratarse de sentimientos comunes a todas las personas»[20], de modo que no es posible alegar su dificultad probatoria para mantener su supresión. *Padecimiento psicológico sufrido* por el esposo que puede quedar *acreditado por la prueba pericial médica* [21].

Y centrándonos en el supuesto objeto de estudio, cabe indicar, que a nuestro juicio y como veremos a continuación se trata de un daño consecuencia directa de un atentado a un bien no patrimonial como es la inexistencia de paternidad de un hijo al que se consideraba suyo. Hijo nacido dentro del matrimonio, cuya creencia de paternidad se basaba en la confianza generada en el contrato matrimonial, por lo que el daño surge de la ocultación y el mantenimiento del engaño fundado en la creencia de la relación paternofilial, con todos los derechos y deberes fruto de la institución jurídica de la patria potestad.

Desde el momento en que se concretó la existencia del daño moral, la jurisprudencia ha concretado diversas formas de producirse el daño moral, en relación con nuestro tema de estudio, por ejemplo: cuando el engaño al que fue sometido un padre, que durante años creyó hija suya a quien no lo era, le provocó *un sufrimiento que puede ser superior al de la muerte*[22]; también, el causado por la pérdida de un ser querido que devino para la familia en la fractura de «vínculos y proyectos mutilados»; otra Sentencia considera que esta misma situación simboliza «la total pérdida de relaciones y un vacío emocional» o la «profunda frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos» e, incluso, «dolor extremo e intolerable»[23]. En resumen, el daño moral se sustantiviza para referirlo a dolor inferido, sufrimiento, tristeza, desazón o inquietud que afecta a la persona que lo padece[24]. Se vincula el *padecimiento psicológico* a la existencia del daño moral ya que la afectación psicológica del marido no es nada más que una secuela del daño moral padecido[25].

Esta es la línea jurisprudencial marcada por el Tribunal Supremo consistente en que la reclamación del daño moral se produce por el engaño en la concepción de los hijos por la esposa y la *ocultación tanto de la concepción como de la paternidad*[26].

FARNOS AMORÓS atribuye la utilización del daño moral al ser la única vía para paliar el sufrimiento del no progenitor que lo creía, pues tengamos en cuenta que, como insiste la jurisprudencia, el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro no es susceptible de reparación económica alguna, «la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación es la de ruptura del vínculo conyugal»[27].

En la SAP de Pontevedra de 2016, la esposa a fin de evitar la existencia de daño moral —y el consiguiente pago de la indemnización— alega que el exes-

poso se ampara para solicitar el daño moral en la *culpa* de la demandada por ocultar la paternidad verdadera. Y lo hace conociendo que el TS tiene declarado que el incumplimiento de los deberes matrimoniales como la infidelidad no son indemnizables.

El tribunal juzgador entiende que aunque el marido abrigare serias sospechas sobre su paternidad ello no implica una certeza de su no paternidad (textualmente señala que «Más aún cuando efectivamente conociere aquella circunstancia, no puede sostenerse que aceptó tal situación y asumió voluntariamente la paternidad, cuando precisamente consta que, a principios del año 1993 (el número del procedimiento de menor cuantía que se siguió en el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Vigo es el 26/1993), dedujo demanda de impugnación de la paternidad y ello con independencia de que aquella pretensión le fuere desestimada, atendiendo a la normativa vigente a la sazón, por caducidad de la acción).

VICENTE[28] indica que en ciertas ocasiones el daño moral se instrumentaliza, sirviendo para «paliar un perjuicio inespecífico o de difícil prueba». No es el caso que nos ocupa pues las Sentencias reflejadas en este pequeño comentario indican cuales son los argumentos y criterios razonables en los que se asienta la reparación del daño moral cuando se produce la inexistencia de paternidad tras la ocultación de la misma por la esposa, siendo la pauta de valoración el sufrimiento acaecido por el «no padre».

La segunda cuestión en la que debemos detenernos radica en determinar si *debe exigirse el dolo en la esposa conocedora de la no paternidad del marido*, esto es si lo «verdaderamente determinante para que surja el derecho a una indemnización es el dolo de la demandada a la hora de ocultar, de forma continuada, la verdadera filiación de la menor»[29].

La STS de 22 de julio de 1999[30] establece la innecesariedad del dolo en la progenitora para la indemnización por el daño moral sufrido por el que había sido considerado padre del hijo habido en el matrimonio. Existen *daños morales innegables al haber sido humillado y lesionado en su honor y dignidad.*

Tras la determinación de la Sentencia del Alto Tribunal en cuanto a la falta de *necesidad de dolo* para el abono de la indemnización, la doctrina de las Audiencias no es unánime.

Frente a la mayoría que establecen que basta el engaño y la ocultación de la paternidad del hijo matrimonial para que surja el daño indemnizable, como ocurre con la SAP de León, de 30 de enero de 2009 que afirma «la existencia de dolo tanto en la ocultación a su marido de forma continuada de la verdadera filiación de la menor, como en las manifestaciones explícitas en las que se constata que *urdió toda una estrategia* con la finalidad de obtener su ansiada maternidad fuera del matrimonio, ya que con su esposo lo veía inviable, sin tener en cuenta ni los sentimientos de su esposo ni el daño irreparable que su conducta produciría»[31]; o con la SAP de Cádiz de 3 de abril de 2008[32] la cual indica que para generar responsabilidad civil *no resulta precisa la concurrencia de un dolo explícito en la conducta de la esposa, bastando el mero incumplimiento del deber de fidelidad, cualificado por el embarazo* de un tercero atribuido falsamente por vía de presunción a su marido[33], todavía hay alguna Sentencia que insiste en el requisito de la actuación dolosa de la progenitora para apreciar el daño moral reclamado como en la SAP de Burgos de 16 de febrero de 2007[34] afirmando, además, que *no basta la infidelidad conyugal para generar (el daño), al no constar acreditada la ocultación de la paternidad,* pues el esposo desde el principio tuvo dudas de su paternidad ya que se encontraba separado de su esposa al tiempo del nacimiento.

VI. PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD Y OCULTACIÓN DE LA PATERNIDAD

Todo esto nos lleva a cuestionarnos si *cabe hablar de pérdida de oportunidad en el supuesto de la ocultación de la paternidad* más aún en el caso en el de la filiación matrimonial donde el juego de la presunción matrimonial del hijo se otorga objetivamente por las normas y plazos del Código Civil.

La Jurisprudencia se ha referido al concepto de *pérdida de oportunidad* al daño consistente en haber perdido el perjudicado la ocasión de haber visto satisfecho un determinado interés.

Los casos más frecuentes son los referidos al ámbito de la responsabilidad sanitaria: pensemos en aquellos casos en que el perjudicado pierde la oportunidad de curación de una enfermedad[35], y en el ámbito de la responsabilidad jurídica referido a los casos en que el perjudicado ha perdido la oportunidad de tener éxito en un procedimiento judicial[36].

La cuestión a concretar se centra en determinar que si el padre hubiese sabido desde el primer momento que no era el progenitor del menor realmente no se debería indemnizar al marido perjudicado por la ocasión perdida *de no haber establecido lazos filiales con el menor además de todos los deberes derivados de la patria potestad…* Ejemplo que se puede extender además a los casos de la familia extensa y de los allegados. Personas que no se hayan incluidas dentro del círculo familiar extenso, pero que mantienen una relación con el menor como consecuencia de su inclusión dentro del círculo social de la familia, con el que puede existir una convivencia y cercanía con el menor más próxima incluso que la familiar. La propia AP de Valencia, en Sentencia de 5 de septiembre de 2007, dio el primer paso hacia su concreción, y confirma la existencia de un daño moral sufrido por quien descubre que no es suyo un hijo nacido durante su matrimonio, e indica que conforma ese daño moral, «cualquier frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos, por naturaleza o sangre que se *dan entre personas allegadas*… y demás parientes, o incluso, a veces, por *relaciones de propia amistad o convivencia*, o cuando dichas personas conviven tan estrechamente que se crean lazos pseudo-parentales…».

Fundamentamos esta idea en que realmente hay una omisión por la esposa de la «diligencia exigible en el desempeño de su deber moral de esposa», una «negligencia por no haber actuado diligentemente»… pues como dice la Sentencia de la AP de Pontevedra la única persona que podría proporcionarle tal conocimiento, no solamente no lo hizo sino que mantuvo una posición contraria a la realidad, ocultación que en la mayoría de las Sentencias se refiere al marido… pero no debemos desconocer que también afecta a terceros que pueden estar muy implicados en su relación con el menor.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ PEDROSA, L. M. Equidad y prudente arbitrio en la compensación por daño moral causado por bienes o servicios defectuosos, en *Diario La Ley*, núm. 8770, Sección Doctrina, 26 de mayo de 2016, Ref. D-218, Editorial La Ley. *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 128, Tercer trimestre de 2016, Editorial La Ley. La Ley 2016, 2782.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. Elementos o presupuestos de la responsabilidad civil, *Tratado de responsabilidad civil* T. I. Coordinado por Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. Bosch. 2008.

DE CASTRO Y BRAVO, F. Los llamados derechos de la personalidad, en *ADC*, 1959, p. 1268.
DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.ª D. *Cuestiones sobre responsabilidad civil*. Universidad Nacional de Educación a Distancia (2000).
DÍEZ-PICAZO, L. *Derecho de daños*. Civitas. Madrid. 1999.
FARNÓS AMORÓS. Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad. Comentario a la SAP Barcelona, Sec. 18.ª, de 16 de enero de 2007. *InDret. Revista para el análisis del Derecho.* Barcelona (2007): 11. Cita de la SAP Vizcaya (sec. 7.ª) de 2 de noviembre de 2004.
IGLESIA MONJE, M.ª I. Los alimentos del menor y la apariencia de paternidad. Su reclamación por el padre y el daño moral. En *RCDI.* Estudios jurisprudenciales. Derecho civil. mayo-junio, núm. 755, 1553-1568.
MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, L. El daño moral: sus manifestaciones en el derecho español, en *Diario La Ley,* núm. 6999, Sección Tribuna, 29 de julio de 2008, Año XXIX, Ref. D-242, Editorial La Ley. La Ley 2008, 38695.
VICENTE DOMINGO, E. El daño, en Tratado de responsabilidad civil, Tomo I. 5.ª ed. Aranzadi. 2014.

VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STC, Pleno, Sentencia 138/2005 de 26 de mayo de 2005, Rec. 929/1996. Ponente: Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ. (La Ley 2005, 1328).
- STC, Pleno, Sentencia 156/2005 de 9 de junio 2005, Rec. 4203/2003. Ponente: Roberto GARCÍA-CALVO Y MONTIEL. (La Ley 2005, 12940).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 404/2012 de 18 de junio de 2012, Rec. 1219/2009. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 2012, 80043).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 1163/2003 de 9 de diciembre de 2003, Rec. 476/1998. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. (La Ley 2004, 160).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 139/2001 de 22 de febrero de 2001, Rec. 358/1996. (La Ley 2001, 3532).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 22 de julio de 1999, Rec. 12/1995. Ponente: Alfonso BARCALA TRILLO-FIGUEROA. (La Ley 1999, 11277).
- STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 17 de enero de 1992. Ponente: Enrique RUIZ VADILLO. (La Ley 1992, 1152).
- SAP de Pontevedra, Sección 6.ª, Sentencia 480/2016 de 22 de septiembre de 2016, Rec. 799/2015. Ponente: Jaime CARRERA IBARZÁBAL. (La Ley 2016, 143106).
- SAP de Cádiz de 16 de mayo de 2014, Sección 8.ª, Sentencia 88/2014 de 16 de mayo de 2014, Rec. 280/2013. Ponente: María Lourdes MARÍN FERNÁNDEZ. (La Ley 2014, 94995)
- SAP de León, Sección 1.ª, Sentencia 39/2009 de 30 de enero de 2009, Rec. 327/2007 Ponente: Fernando Javier SANZ LLORENTE. (La Ley 2009, 26678).
- SAP de Cádiz, Sección 2.ª, Sentencia 125/2008 de 3 de abril de 2008, Rec. 83/2007. Ponente: Antonio MARÍN FERNÁNDEZ. (La Ley 2008, 93624).
- SAP de Valencia, Sección 7.ª, Sentencia 466/2007 de 5 de septiembre de 2007, Rec. 467/2007. (La Ley 2007, 170713).

- SAP de Burgos, Sección 2.ª, Sentencia 65/2007 de 16 de febrero de 2007, Rec. 524/2006. Ponente: Mauricio MUÑOZ FERNÁNDEZ. (La Ley 2007, 64338).
- SAP de León, Sección 2.ª, Sentencia 1/2007 de 2 de enero de 2007, Rec. 304/2006. Alberto Francisco ÁLVAREZ RODRÍGUEZ (La Ley 2007, 1789).
- SAP de Valencia, Sección 9.ª, Sentencia 780/2004 de 15 de diciembre de 2004. Ponente: Asunción Sonia MOLLA NEBOT. (La Ley 2004, 263721).
- SAP de Valencia, Sección 7.ª, Sentencia 597/2004 de 2 de noviembre de 2004, Rec. 594/2004. Ponente: María del Carmen ESCRIG ORENGA. (La Ley 2005, 59).

IX. ÍNDICE DE LEGISLACIÓN CITADA

- LEC artículo 218
- Código Civil: artículo 116; artículo 1902; artículo 1968.

NOTAS

[1] SAP de Pontevedra, Sección 6.ª, Sentencia 480/2016 de 22 de septiembre de 2016, Rec. 799/2015. Ponente: Jaime CARRERA IBARZÁBAL. (La Ley 2016, 143106). El demandante ejercitó acción de resarcimiento de daños y perjuicios por haberle ocultado la demandada que no era el padre del hijo nacido vigente el matrimonio. La AP Pontevedra confirma la Sentencia dictada en primera instancia que declaró la existencia de perjuicios morales y la prosperabilidad de la solicitud de indemnización.

[2] *Vid.,* mi comentario de Los alimentos del menor y la apariencia de paternidad. Su reclamación por el padre y el daño moral. En *RCDI.* Estudios jurisprudenciales. Derecho civil. Mayo-junio, núm. 755, pp. 1553-1568.

[3] STC, Pleno, Sentencia 138/2005 de 26 de mayo de 2005, Rec. 929/1996. Ponente: Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ. (La Ley 2005, 1328). Es la Sentencia que declara la inconstitucionalidad del artículo 136.1 del Código Civil. El enunciado de la norma, al señalar como excepción a la previsión de que el plazo de un año para el ejercicio de la acción no empezará a correr si quien ha sido reputado legalmente como padre no conoce todavía el nacimiento del hijo, excluye a contrario a quien, pese a conocer el hecho del nacimiento de quien ha sido inscrito como hijo suyo, sin embargo desconoce su falta de paternidad biológica. Exclusión que determina la imposibilidad real de que ejercite la acción el marido que conoce la realidad biológica una vez transcurrido un año desde que se hizo la inscripción registral. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de acceso a la jurisdicción e incompatibilidad de la norma con el mandato constitucional de posibilitar la investigación de la paternidad. Imposible interpretación del precepto *secundum constitutionem* en cuanto que supondría la interpretación extensiva de una excepción.

[4] STC, Pleno, Sentencia 156/2005 de 9 de junio 2005, Rec. 4203/2003. Ponente: Roberto GARCÍA-CALVO Y MONTIEL. (La Ley 2005, 12940). Inconstitucionalidad del artículo 136.1 del Código Civil. El enunciado de la norma, al señalar como excepción a la previsión de que el plazo de un año para el ejercicio de la acción no empezará a correr si quien ha sido reputado legalmente como padre no conoce todavía el nacimiento del hijo, excluye a contrario a quien, pese a conocer el hecho del nacimiento de quien ha sido inscrito como hijo suyo, sin embargo desconoce su falta de paternidad biológica. Exclusión que determina la imposibilidad real de que ejercite la acción el marido que conoce la realidad biológica una vez transcurrido un año desde que se hizo la inscripción registral. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de acceso a la jurisdicción e incompatibilidad de la norma con el mandato constitucional de posibilitar la investigación de la paternidad.

[5] *Artículo 136. 1. El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento. Fallecido el marido sin conocer el nacimiento, el año se contará desde que lo conozca el heredero.*

2. Si el marido, pese a conocer el hecho del nacimiento de quien ha sido inscrito como hijo suyo, desconociera su falta de paternidad biológica, el cómputo del plazo de un año comenzará a contar desde que tuviera tal conocimiento.

3. Si el marido falleciere antes de transcurrir el plazo señalado en los párrafos anteriores, la acción corresponderá a cada heredero por el tiempo que faltare para completar dicho plazo.

[6] La SAP de León, Sección 2.ª, Sentencia 1/2007 de 2 de enero de 2007, Rec. 304/2006. Alberto Francisco ÁLVAREZ RODRÍGUEZ (La Ley 2007, 1789) señaló que «el daño moral generado por la infidelidad conyugal no es susceptible de reparación económica, pues «indudablemente, el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código Civil, son merecedores de un innegable reproche ético-social, reproche que, tal vez, se acentúe más en aquellos supuestos que afecten al deber de mutua fidelidad, en los que, asimismo, es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación substantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su artículo 82 pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos, los que, en ningún caso es posible comprenderles dentro del caso de pensión compensatoria que se regula en el artículo 97, e, igualmente, no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1101, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar».

[7] Publicado en el «BOE». 3 de julio. Vigencia: 23 de julio de 2015.

[8] El hecho y causa de la acción de responsabilidad extracontractual se funda en el conocimiento de que el actor no es el progenitor del hijo habido por su esposa. Es cierto que el ahora actor dedujo demanda de impugnación de paternidad en el año 1993, pero dicha pretensión fue desestimada y el recurso interpuesto confirmó la de instancia. Y posteriormente, tras el resultado de la prueba pericial genética, dedujo nueva demanda de filiación, dictándose Sentencia en la que se declaró que, efectivamente no era su hijo. Tal Sentencia fue objeto de recurso de apelación, que fue desestimado por esta misma AP de Pontevedra y, finalmente, la Sala Primera del Tribunal Supremo dictó auto de fecha 14 de mayo de 2013, inadmitiendo a trámite el recurso de casación y declarando la firmeza de la Sentencia. STS de 14 de mayo de 2013 notificada a los interesados después del día 15 del mes de mayo de 2013. Fecha en que la acción ejercitada permanecía viva y vigente. (SAP de Pontevedra, Sección 6.ª, Sentencia 480/2016 de 22 de septiembre de 2016, Rec. 799/2015. Ponente: Jaime CARRERA IBARZÁBAL. [La Ley 2016, 143106]).

[9] En la STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 1163/2003 de 9 de diciembre de 2003, Rec. 476/1998. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. (La Ley 2004, 160), se indica que «nuestro Código Civil no contempla la indemnización por daños morales, si bien su artículo 1107 impone el resarcimiento de 'todos' y ha sido la jurisprudencia casacional civil, que se invoca infringida en el motivo segundo la que ha ido elaborando doctrina continuada y progresiva sobre su procedencia …y a tales efectos han de tenerse en cuenta y ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso, pues lo que se trata precisamente no es de llevar a cabo una reparación en el patrimonio, sino de *contribuir de alguna manera a sobrellevar el dolor y angustia de las personas perjudicadas por el actuar injusto, abusivo o ilegal de otro*».

Desde luego lo que no cabe mantener es que haya daños y perjuicios derivados de infidelidad conyugal, que dio lugar a un hijo extramatrimonial con apariencia matrimonial, en la que para generar responsabilidad civil no resulta precisa la concurrencia de un dolo explícito en la conducta de la demandada, bastando el mero incumplimiento del deber de fidelidad, cualificado por el embarazo de un tercero atribuido falsamente por vía de presunción a su marido. Si bien la infidelidad conyugal no es indemnizable, sí lo es la procreación de un hijo extramatrimonial con ocultamiento a su cónyuge. No se sanciona la infidelidad, sino el hecho de ocultarla. Indemnización de acuerdo a diversos conceptos, entre ellos el daño moral y psicológico.

[10] DE CASTRO Y BRAVO, Federico: Los llamados derechos de la personalidad, en *ADC*, 1959, p. 1268.

[11] La doctrina cita como iniciadora del reconocimiento de los daños morales a la STS de 6 de diciembre de 1912, como cita también la STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 25 de junio de 1984. Ponente: Mariano MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ. (La Ley 49847-NS/0000).

[12] DÍEZ-PICAZO, Luis: *Derecho de daños*. Civitas. Madrid, 1999, p. 324.

[13] VICENTE DOMINGO, Elena: El daño, en *Tratado de responsabilidad civil,* Tomo I. 5.ª ed. Aranzadi. 2014, pp. 351 y sigs.

[14] Indicó que «existe un cuerpo de doctrina jurisprudencial muy conocida en el que se alude a las líneas de ese denominado daño moral. Puede entenderse como daño moral en su integración negativa toda aquella detracción que sufre el perjudicado damnificado y que supone una inmisión perturbadora de su personalidad que, por naturaleza, no cabe incluir en los daños materiales porque estos son aprehensibles por su propia caracterización y, por lo tanto, traducibles en su «*quantum económico*», y tampoco pueden entenderse dentro de la categoría de los daños corporales, porque estos por su propio carácter son perfectamente sensibles, y también, por una técnica de acoplamiento sociocultural, traducibles en lo económico, y no puede ser objeto, dentro de la categoría de los perjuicios, el llamado daño emergente, o la privación al damnificado de posibilidades o ventajas que hubiera podido obtener en el caso de que no se hubiese producido el ilícito del que es autor el responsable» (MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis: El daño moral: sus manifestaciones en el derecho español, en *Diario La Ley*, núm. 6999, Sección Tribuna, 29 de julio de 2008, Año XXIX, Ref. D-242, Editorial La Ley. La Ley 2008, 38695).

[15] DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., Elementos o presupuestos de la responsabilidad civil, *Tratado de responsabilidad civil* T. I. Coordinado por Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. Bosch. 2008. p. 369.

[16] Así, por ejemplo, «…la doctrina del daño moral ha dado lugar a abundante jurisprudencia que ha derivado hacia soluciones aparentemente contradictorias en ocasiones, lo que no ha sido así en la realidad, puesto que el concepto *de daño moral encuentra su aplicación en multitud de hipótesis diversas, sobre todo por la variedad de circunstancias, situaciones o formas en que puede concurrir.* Siguiendo un criterio aperturista, la doctrina ha llegado a coincidir en el hecho de que incluso las perturbaciones que generan aflicción en el perjudicado deben ser igualmente tenidas en cuenta a los efectos de estimar la existencia del referido daño moral» SAP de Valencia, Sección 9.ª, Sentencia 780/2004 de 15 de diciembre de 2004. Ponente: Asunción Sonia MOLLA NEBOT. (La Ley 2004, 263721).

[17] Son muestra de ello, la LO 1/1982 de 5 de mayo de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. El RDL 1/2007 de 16 de noviembre que aprobó la Ley general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, la Ley 39/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, TR de la Propiedad Intelectual…

[18] ÁLVAREZ PEDROSA, Luis Manuel (Equidad y prudente arbitrio en la compensación por daño moral causado por bienes o servicios defectuosos, en *Diario La Ley*, núm. 8770, Sección Doctrina, 26 de mayo de 2016, Ref. D-218, Editorial La Ley. *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 128, Tercer trimestre de 2016, Editorial La Ley. La Ley 2016, 2782) afirma que «valorar el daño moral equivale a admitir su estimación y compensabilidad. Ninguna de las dificultades expuestas justifica la negación de un daño que existe, con independencia del encuadre del derecho lesionado en según qué categoría o de su denominación: psíquico, inmaterial, psíco-físico, moral, biológico o extrapatrimonial».

[19] *Vid.,* DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.ª Dolores: *Cuestiones sobre responsabilidad civil*. Universidad Nacional de Educación a Distancia (2000), p. 54, que insiste en que «El daño biológico es una construcción jurisprudencial italiana que comprende «cualquier menoscabo de la integridad psíquica o física de la persona en sí y por sí considerada, en cuanto concierne al valor del hombre en toda su concreta dimensión, que no se reduce a su sola aptitud para producir riqueza, sino que engloba a todo el conjunto de funciones naturales que le son propias».

[20] Por todas, en la antigua Sentencia del TS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 17 de enero de 1992. Ponente: Enrique RUIZ VADILLO, (La Ley 1992, 1152), en cuyo FJ 5.º

señala que «en ocasiones, el daño moral, el dolor o *el sufrimiento que produce la pérdida de una persona muy próxima en relación parental*… no necesitan ser probados, porque es, esta una circunstancia tan notoria que debe estar exenta de la obligación de prueba».

[21] La SAP de Cádiz, Sección 8.ª, Sentencia 88/2014 de 16 de mayo de 2014, Rec. 280/2013. Ponente: María Lourdes MARÍN FERNÁNDEZ. (La Ley 2014, 94995).

[22] SAP de Valencia, Sección 7.ª, Sentencia 597/2004 de 2 de noviembre de 2004, Rec. 594/2004. Ponente: María del Carmen ESCRIG ORENGA. (La Ley 2005, 59). Indemnización en favor de quien descubre que 3 de los 4 hijos nacidos durante su matrimonio eran fruto de una relación extraconyugal de su esposa. Los demandados —la esposa y el padre biológico— actuaron de forma negligente en la concepción de los hijos, y de forma dolosa en la ocultación de su no paternidad al demandante, siendo el posterior conocimiento de la verdad el desencadenante del daño sufrido por este.

Todas estas manifestaciones, vertidas por escrito, son prueba palpable del dolo de la ahora apelante, que la SAP de León, Sección 1.ª, Sentencia 39/2009 de 30 de enero de 2009, Rec. 327/2007 Ponente: Fernando Javier SANZ LLORENTE (La Ley 2009, 26678) insiste en que la esposa… «urdió toda la estrategia referida con la finalidad de obtener su ansiada maternidad fuera del matrimonio, ya que con su esposo lo veía inviable, y *sin tener en cuenta ni los sentimientos de su esposo ni el daño irreparable* que su conducta produciría con seguridad a todas las personas afectadas por su comportamiento, y no conforme con ello, mantuvo en secreto tal circunstancia, *haciendo creer a su esposo que la hija era suya, lo que generó en este el lógico sentimiento de cariño que normalmente se tiene hacia una hija que él consideraba de su sangre*».

[23] La SAP de Valencia, Sección 7.ª, Sentencia 466/2007 de 5 de septiembre de 2007, Rec. 467/2007, (La Ley 2007, 170713) confirma la existencia de un daño moral sufrido por quien descubre que no es suyo un hijo nacido durante su matrimonio. Consta negligencia de la esposa en la procreación del hijo y dolo al ocultar a su entonces marido su no paternidad del niño, y sobre todo, al permitir que, conociendo que no era hijo suyo, y pese las dudas que aquel le puso de manifiesto, fuese inscrito como propio en el Registro, se le fijaran alimentos en la separación y se instara un proceso de impugnación de la paternidad. «Puede ser también aspecto integrador de ese daño moral, cualquier frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos, por naturaleza o sangre que se dan entre personas allegadas fundamentalmente por vínculos parentales, cuando a consecuencia del hecho ilícito, se ve uno de ellos privado temporal o definitivamente de la presencia o convivencia con la persona directamente dañada por dicho ilícito, o por la situación deficitaria o de auténtica orfandad en que pueden quedar ciertas personas por las lesiones por la muerte de sus parientes más cercanos, por ejemplo, en el supuesto de una relación parental intensa, la pérdida del padre con respecto a los hijos, o a la inversa y demás parientes, o incluso, a veces, por relaciones de propia amistad o convivencia, o cuando dichas personas conviven tan estrechamente que se crean lazos pseudo-parentales…».

SAP de León, Sección 1.ª, Sentencia 39/2009 de 30 de enero de 2009, Rec. 327/2007. Ponente: Fernando Javier SANZ LLORENTE. (La Ley 2009, 26678).

[24] «En torno al daño moral existe ya un campo de doctrina y jurisprudencia que lo integra por todas aquellas manifestaciones psicológicas que padece o sufre el perjudicado —o persona allegada al mismo por vínculos afectivos o parentales—, por el acaecimiento de una conducta ilícita, y que por su naturaleza u ontología, no son traducibles en la esfera económica; en un intento de aproximación, y al amparo de una jurisprudencia que ha tratado progresivamente de acotar esas líneas integradoras: …lo importante es que se demuestre o pruebe la realidad de tales daños tanto económicos como morales; y esta Sala (Sentencia TS de 22 de mayo de 1995) no tiene sino que resaltar el acierto de sustantivizar 'nominatim' el Tribunal 'a quo' para integrar la siempre dificultosa noción del daño moral en materia de una deficiente asistencia sanitaria, no solo en el pacífico y singular evento o contingencia de siempre acontecida del sufrimiento o dolor inferido al paciente, sino en la denominada zozobra como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre por la que aquella mala asistencia depara al enfermo al percibir por todo ello tanto que su mal no se le ataja o se le trata con la debida terapia, sino lo que más le desazona, que esa irregularidad intensificará aún más en el futuro la gravedad de su dolencia…». STS de 22 de febrero de 2001.

[25] En la SAP de Cádiz de 16 de mayo de 2014, Sección 8.ª, Sentencia 88/2014 de 16 de mayo de 2014, Rec. 280/2013. Ponente: María Lourdes MARÍN FERNÁNDEZ (La Ley 2014, 94995) entendió que sí procedía la reclamación por daños morales dado el padecimiento psicológico sufrido por el demandante acreditado por la prueba pericial médica. Entiende que *es difícil entender el padecimiento psicológico independiente del daño moral causado,* ya que en la base del mismo está la afectación psicológica padecida y ambas indemnizaciones terminan por obedecer a los mismos hechos y se enlazan entre sí de manera inseparable. Frente a la parte apelante que niega la relación de causalidad y señala que el médico de cabecera no le ha visto ninguna patología y que es el carácter del apelado introvertido y obsesivo porque tiene un sustrato psíquico que le predispone a la depresión, la audiencia insiste en la existencia del nexo causal entre el daño moral y/o psicológico.

[26] En la STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 404/2012 de 18 de junio de 2012, Rec. 1219/2009. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA (La Ley 2012, 80043) se concreta la doctrina de que *el daño moral que se reclama no trae causa de la pérdida legal de las hijas conocida mediante dicha Sentencia, sino del engaño sobre la forma de concebir a sus dos hijas y del hecho de que tras el divorcio, por decisión de la madre, se fueran a vivir con el padre biológico, momento a partir del cual se concretó el daño moral padecido y reclamado.* La determinación del día inicial para el cómputo del plazo de prescripción de las acciones es función que corresponde en principio a la Sala de instancia no revisable en casación. Ahora bien, el hecho de que la apreciación del instituto de la prescripción presente, junto al tal aspecto fáctico, una dimensión eminentemente jurídica, ha permitido a esta Sala revisar la decisión de instancia por razones de correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables, lo que no es posible en este caso en el que la parte recurrente argumenta el motivo desde una consideración distinta de la que ha sido planteada en la demanda y resuelta en la Sentencia, como es la determinación del daño moral a partir de que se le negó su paternidad.

[27] FARNÓS AMORÓS. Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad. Comentario a la SAP Barcelona, Sec. 18.ª, de 16 de enero de 2007. *InDret. Revista para el análisis del Derecho.* Barcelona (2007): 11. Cita de la SAP de Vizcaya (sec. 7.ª) de 2 de noviembre de 2004.

[28] VICENTE DOMINGO, Elena: El daño, en *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo I. 5.ª ed. Aranzadi. 2014. p. 359.

[29] SAP de León, Sección 1.ª, Sentencia 39/2009 de 30 de enero de 2009, Rec. 327/2007 Ponente: Fernando Javier SANZ LLORENTE. (La Ley 2009, 26678).

Falta de concurrencia de dolo en la actitud de la esposa: SAP de Burgos, Sección 2.ª, Sentencia 65/2007 de 16 de febrero de 2007, Rec. 524/2006. Ponente: Mauricio MUÑOZ FERNÁNDEZ (La Ley 2007, 64338). Falta de concurrencia en el *caso del requisito de la actuación dolosa de la madre, necesario para apreciar el daño moral reclamado, no bastando la infidelidad conyugal para generarlo, al no constar acreditada la ocultación de la paternidad,* sin que quepa tampoco la restitución de las prestaciones alimenticias establecidas en el convenio regulador a favor de la menor, pues si bien el actor no queda obligado a su pago tras la impugnación de su paternidad, el hecho de asumir antes esa obligación de forma voluntaria no determina perjuicio patrimonial, al no justificarse una inducción o engaño por la madre al tiempo de pactar el convenio, que fue asumido de forma voluntaria por el actor, quien desde el principio tuvo dudas de su paternidad, se encontraba ya separado de su esposa al tiempo del nacimiento y pudo realizar la misma actuación que luego determinó la comprobación de su no paternidad mediante prueba biológica.

SAP de Cádiz, Sección 2.ª, Sentencia 125/2008 de 3 de abril de 2008, Rec. 83/2007. Ponente: Antonio MARÍN FERNÁNDEZ. (La Ley 2008, 93624). Para generar responsabilidad civil no resulta precisa la concurrencia de un dolo explícito en la conducta de la demandada, bastando el mero incumplimiento del deber de fidelidad, cualificado por el embarazo de un tercero atribuido falsamente por vía de presunción a su marido. Si bien la infidelidad conyugal no es indemnizable, sí lo es la procreación de un hijo extramatrimonial con ocultamiento a su cónyuge. No se sanciona la infidelidad, sino el hecho de ocultarla. Indemnización de acuerdo a diversos conceptos, entre ellos el daño moral y psicológico.

STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 22 de julio de 1999, Rec. 12/1995. Ponente: Alfonso BARCALA TRILLO-FIGUEROA. (La Ley 1999, 11277). Indemnización por el daño moral sufrido por el que había sido considerado padre del hijo habido en el matrimonio. Ausencia de dolo en la progenitora. «daños morales innegables al haber sido humillado y lesionado en su honor y dignidad».

[30] STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 22 de julio de 1999, Rec. 12/1995. Ponente: Alfonso BARCALA TRILLO-FIGUEROA. (La Ley 1999, 11277).

[31] SAP de León, Sección 1.ª, Sentencia 39/2009 de 30 de enero de 2009, Rec. 327/2007 Ponente: Fernando Javier SANZ LLORENTE. (La Ley 2009, 26678).

[32] La SAP de Cádiz, Sección 2.ª, Sentencia 125/2008 de 3 de abril de 2008, Rec. 83/2007. Ponente: Antonio MARÍN FERNÁNDEZ. (La Ley 2008, 93624).

[33] Si bien la infidelidad conyugal no es indemnizable, sí lo es la procreación de un hijo extramatrimonial con ocultamiento a su cónyuge. No se sanciona la infidelidad, sino el hecho de ocultarla. Indemnización de acuerdo a diversos conceptos, entre ellos el daño moral y psicológico.

[34] SAP de Burgos, Sección 2.ª, Sentencia 65/2007 de 16 de febrero de 2007, Rec. 524/2006. Ponente: Mauricio MUÑOZ FERNÁNDEZ, (La Ley 2007, 64338). Sin que quepa tampoco la restitución de las prestaciones alimenticias establecidas en el convenio regulador a favor de la menor, pues si bien el actor no queda obligado a su pago tras la impugnación de su paternidad, el hecho de asumir antes esa obligación de forma voluntaria no determina perjuicio patrimonial, al no justificarse una inducción o engaño por la madre al tiempo de pactar el convenio, que fue asumido de forma voluntaria por el actor, quien desde el principio tuvo dudas de su paternidad, se encontraba ya separado de su esposa al tiempo del nacimiento y pudo realizar la misma actuación que luego determinó la comprobación de su no paternidad mediante prueba biológica.

[35] STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 10 de octubre de 1998, Rec. 1496/1994. Ponente: Antonio GULLÓN BALLESTEROS. (La Ley 1998, 9746). Amputación de mano derecha. Conservación en hielo sintético por cambio de recipiente realizado por un tercero. Conducta negligente de la enfermera demandada. Fracaso del reimplante. Imputación de pérdida de unas expectativas.

[36] STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 5 de julio de 1991. Ponente: José Luis ALBÁCAR LÓPEZ. (La Ley 1058-JF/0000). Obligación de acreditar su correcta actuación en el desempeño de su función de asesoramiento jurídico.

STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 4 de febrero de 1992, Rec. 2618/1989. Ponente: Jesús MARINA MARTÍNEZ-PARDO. (La Ley 1992, 13898). Desconocimiento de normas profesionales del letrado encargado de la defensa del litigio.

STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 11 de octubre de 1997, Rec. 3367/1990. Ponente: Francisco MORALES MORALES. Responsabilidad civil de corredor colegiado de comercio por no aseguramiento de la legitimidad de las firmas estampadas en póliza de préstamo por él intervenida.

«El deber de defensa judicial debe ceñirse al respeto de la *lex artis* [reglas del oficio], esto es, de las reglas técnicas de la abogacía comúnmente admitidas y adaptadas a las particulares circunstancias del caso. La jurisprudencia no ha formulado con pretensiones de exhaustividad una enumeración de los deberes que comprende el ejercicio de este tipo de actividad profesional del abogado. Se han perfilado únicamente a título de ejemplo algunos aspectos que debe comprender el ejercicio de esa prestación: informar de la gravedad de la situación, de la conveniencia o no de acudir a los tribunales, de los costos del proceso y de las posibilidades de éxito o fracaso; cumplir con los deberes deontológicos de lealtad y honestidad en el desempeño del encargo; observar las leyes procesales; y aplicar al problema los indispensables conocimientos jurídicos» (Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 552/2005 de 14 de julio de 2005, Rec. 275/1999. Ponente: Francisco MARÍN CASTÁN. (La Ley 2005, 1682).

STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 22 de abril de 2013, Rec. 896/2009 (la Ley 66042/2013). Pérdida de oportunidad procesal del cliente porque la abogada interpuso demanda sin solicitar la medida cautelar de anotación preventiva de la misma. Omisión por la abogada de la diligencia exigible en el desempeño de su cometido profesional, pues

no aplicó los imprescindibles conocimientos jurídicos que hubieran evitado el perjuicio sufrido por el cliente.

STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 628/2011 de 27 de septiembre de 2011, Rec. 1568/2008. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. (La Ley 2011, 228950). Hay responsabilidad civil de abogado, al haber negligencia profesional en el ejercicio de una acción de acceso a la propiedad en materia de arrendamientos rústicos históricos. Se produce una caducidad de la instancia por inactividad procesal durante tiempo superior a cuatro años.

1.2. Derecho de Familia

La identidad personal. El nombre y los apellidos. El interés superior del menor

The identity of the person. The name and the surnames. The interest of the minor

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: La identidad de la persona se determina por su nombre y apellidos. Los progenitores tienen plena libertad para fijar el nombre de sus hijos con las limitaciones que marca la legislación registral. Entre estas hay que destacar que se prohíben aquellos nombres que hagan confusa la identificación. A tal fin no se ha considerado en una Resolución de la DGRN de 22 de agosto de 2016 que lo es el nombre «Lobo». Por otra parte, la Ley de Registro Civil aún vigente determina que el orden de los apellidos del menor viene determinado por la voluntad de los progenitores. A falta de acuerdo el primer apellido será el primero el del padre y el segundo el primero de la madre. Este régimen de hegemonía paterna, colisiona con el principio constitucional de igualdad y no discriminación por razón del sexo. En la nueva Ley de Registro Civil —en *vacatio legis*— en caso de descuerdo dispone que resolverá el Encargado del Registro en interés del menor. No obstante, el Tribunal Supremo en varias Sentencias relativas a la determinación tardía de la filiación paterna opta por una interpretación correctora de la actual legislación conforme a los principios de la nueva, y considera que el orden de los apellidos será el que resulte más conveniente al interés del menor. Sobre estas cuestiones y atendiendo al régimen general del nombre y apellidos en la actual normativa del Registro Civil como la aún no vigente se va a centrar el presente estudio.

ABSTRACT: The identity of the person decides for his name and surnames. The progenitors have full freedom to fix the name of his children with the limitations that the legislation registral marks. Between these limitations it is necessary to emphasize that prevented those names that should make the identification confused. To such an end it has not thought one resolution of august 22, 2016 that it is the name «wolf». In the other hand the law of civil register even in force determinates that the order of the surnames from de minor that of father comes determined first and second the first one of the mother. This regime hits with the principle of equality and not discrimination. In the new law of civil register in case disagreement arranges that there will resolve the civil functionary of the civil record in the interest of the minor. Nevertheless, the Supreme court in several resolutions relative to the determination of the filiation for the father it applies the interest of the minor. On

these questions and attending to the general regime of the name and surname it is going to centre on the present study.

PALABRAS CLAVES: Nombre. Apellidos. Interés superior del menor. Determinación filiación paterna. Registro Civil. Menor de edad. Progenitores.

KEY WORDS: Name. Surname. Interest of minor. Determination if the parental filiation. Register civil. Minor. Progenitors.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. EL NOMBRE DE LA PERSONA: 1. Concepto y naturaleza. 2. Regulación legal. 3. La imposición del nombre. 4. Límites a la libertad de elección del nombre propio. 5. Modificación o cambio de nombre propio. 6. Conexión entre el derecho al honor y a la propia imagen y el derecho al nombre.—III. LA ATRIBUCIÓN DE LOS APELLIDOS: 1. La determinación de los apellidos. 2. Modificación o cambio de los apellidos que consten en el Registro Civil.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Desde el nacimiento se es persona, se tiene personalidad (art. 30 del Código Civil) y, además de su reconocimiento y protección por el ordenamiento jurídico, supone la atribución de ciertos derechos de la personalidad. Estos se definen como «derechos subjetivos derivados de la naturaleza humana y de la dignidad inherente a la persona, dirigidos a proteger la esfera más inmediatamente personal del ser humano, tanto en su vertiente física (derechos a la vida y a la integridad física), como espiritual (derechos al honor, a la intimidad y la imagen)»[1]. Se consideran como tales los derechos a la vida, a la integridad física, al honor, a la intimidad, a la imagen y a la identidad —nombre y apellidos—. Se trata de auténticos derechos de la personalidad, de derechos subjetivos en sentido estricto, pese a que algunos lo nieguen por razones dogmáticas, principalmente, por la dificultad de admitir un derecho cuyo objeto sea el propio ser humano —sujeto titular del derecho en su esfera personal[2]. De ahí que, DE CASTRO (1959, 1262-1263) prefiera hablar de bienes de la personalidad[3].

Desde el punto de vista constitucional son derechos fundamentales en sentido estricto los contenidos en la sección 1.ª, Capítulo II del Título I de la Constitución. De ahí que, no todos los derechos de la personalidad sean derechos fundamentales. Así no lo es el derecho al nombre[4], por lo que no goza de la protección reforzada que el propio texto constitucional establece para tales derechos fundamentales en sentido estricto la especial rigidez exigida para su reclamación (art. 168) —mayoría de dos tercios de cada cámara—, la necesidad de Ley Orgánica para su desarrollo que, en todo caso ha de respetar su contenido esencial (arts. 53.1 y 81); y, fundamentalmente la posibilidad de acudir ante el Tribunal Constitucional mediante recurso de amparo, así como la tutela especial ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad (art. 53).

Lo cierto es que, el derecho al nombre y apellidos se configuran como elementos de identidad del nacido que, deriva del derecho de la personalidad y como tal

se incorporan a la inscripción de nacimiento en el Registro Civil[5]. Ahora bien, el derecho al nombre y los apellidos representan una forma de individualizar a cada uno de los miembros de la sociedad, permitiendo así su identificación personal.

En este contexto, el presente estudio se va a centrar en el derecho al nombre y los apellidos como atributos de la personalidad del individuo con especial consideración a algunos pronunciamientos recientes de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de nuestro Tribunal Supremo en relación a la fijación del nombre y en orden a la determinación de los apellidos en caso de reclamación de paternidad, pensando en el interés del menor[6].

II. EL NOMBRE DE LA PERSONA

1. Concepto y naturaleza

PARRA LUCÁN (2016, 61) define el nombre de la persona como «el conjunto de palabras con las que se justifica y oficialmente se individualiza, identifica y designa a cada persona»[7]. Por su parte, LACRUZ BERDEJO (2010, 80) señala que el nombre «es el apelativo mediante el cual se individualiza a la persona y se la distingue de las demás»[8]. Asimismo, ROMERO COLOMA (2013, 99) considera, desde un punto de vista jurídico que, el derecho al nombre «es un derecho básico de la persona, de toda persona, con independencia de su sexo, raza, condición personal o familiar, situación económica, social, laboral, etc.»[9]. Además de la trascendencia pública que se puede atribuir al nombre, como institución administrativa, que impone a la persona el deber de identificarse con arreglo al nombre legal; y, la doctrina también reconoce, desde un punto de vista privado, la existencia de un derecho al nombre en cuanto medio de individualización de la persona a través del cual se proyecta socialmente su personalidad[10]. Las personas se identifican, se individualizan por su nombre y apellidos. El nombre es, evidentemente, inalienable, *extracomercium*, imprescriptible, irrenunciable, al existir ausencia de poder de disposición en relación con el nombre e inmutable[11].

En todo caso, hay que señalar que, el sistema de identificación obedece sobre todo a un interés público y las normas que lo regulan en nuestro derecho son de orden público, lo que justifica el carácter imperativo de sus normas reguladoras y el limitado campo de actuación de la autonomía de la voluntad[12]. Y asimismo, en la medida que el nombre individualiza a la persona y resulta requisito imprescindible para el desarrollo de la personalidad, se puede señalar que, constituye un derecho subjetivo de la personalidad[13].

2. Regulación legal

El régimen jurídico del nombre —nombre propio y apellidos— en el ordenamiento español se contiene en los artículos 53 a 62 de la Ley de 8 de junio de 1957 de Registro Civil —en adelante, LRC 1957— y en los artículos 92 a 219 del Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley de Registro Civil en el que se establecen los límites a la imposición del nombre, así como la posibilidad de modificar o cambiar los nombre y apellidos impuestos. En la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil —en adelante LRC 2011—, cuya entrada en vigor tendrá lugar el 30 de junio de 2017, en virtud de la cual se deroga la Ley de 1957, además de la Ley

38/1998, de 28 de diciembre de Planta y Demarcación Judicial—, esta materia se regula en el Título VI, Capítulo I, sección 2.ª —artículos 49 a 57—[14]. Por lo que, en tanto no tenga lugar tal entrada en vigor, continua todavía vigente la citada Ley del 1957. No obstante, conviene señalar que, la redacción originaria de esta Ley de 1957 ha sido objeto de diversas reformas en la materia objeto de nuestro estudio. Así, la Ley de 4 de enero de 1977 procedió a eliminar la necesaria concordancia entre el nombre civil y el nombre impuesto en el bautismo, así como la posibilidad de que los nombres propios españoles se consignasen en «cualquiera de las lenguas españolas»; la Ley de 6 de julio de 1994 admitió los nombres propios extranjeros para personas de nacionalidad española; la Ley de 5 de noviembre de 1999, por su parte, posibilitó la sustitución del nombre propio por su equivalente onomástico en cualquiera de las lenguas españolas, así como la regularización ortográfica de los apellidos a la gramática y fonética de la lengua correspondiente; y, asimismo, permitió que de mutuo acuerdo el padre y la madre decidiesen el orden de los apellidos de sus hijos; la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre facilitó el cambio de los apellidos a las víctimas de la violencia de género como una medida más a adoptar ante estas situaciones; la Ley 13/2005, de 1 de julio ante la posibilidad de matrimonio entre las personas del mismo sexo, dispuso que el apellido del hijo se correspondiere con los de «ambos progenitores» —suprimiendo la referencia al padre y la madre en la inscripción de nacimiento; y, en fin, la Ley 3/2007, de 15 de marzo suprimió la posibilidad de imponer como nombres los diminutivos o variantes coloquiales de los nombres[15].

LINACERO DE LA FUENTE (2013, 440-441) señala como puntos esenciales de la reforma del Registro Civil por la Ley 20/2011 los siguientes: «1. El reconocimiento legal expreso del derecho al nombre como derecho de toda persona desde su nacimiento; 2. La regulación sistemática del nombre y los apellidos en sus líneas generales en la Ley de Registro Civil frente a la actual dispersión de la materia en diversos cuerpos legales (Código Civil, Reglamento de Registro Civil y Circulares de la Dirección General de los Registros y del Notariado); 3. La formulación expresa del principio de libertad de elección del nombre propio y la derogación de los antiguos límites en la línea de las sucesivas reformas del artículo 54 de la Ley de Registro Civil de 1957; 4. La adaptación del régimen jurídico del nombre y los apellidos a las últimas reformas del Derecho de la persona y de la familia en cumplimiento de la Constitución; 5. La simplificación y la mejora del procedimiento de cambio de nombre propio, evitando la actual dualidad de órganos intervinientes; 6. La supresión de la tradicional hegemonía del apellido paterno y la consiguiente equiparación de hombre y de la mujer en el orden de transmisión de los apellidos; 7. La ordenación sistemática del cambio de apellidos; 8. La inclusión de un supuesto específico de cambio de apellidos para los ciudadanos españoles que tengan igualmente la nacionalidad de otro Estado miembro de la Unión Europea; 9. La intervención del menor a partir de los dieciséis años en el cambio de nombre y apellidos»[16].

Igualmente, PARRA LUCÁN (2016, 62) dispone, al respecto que, la Ley de Registro Civil de 2011 prescinde de la histórica prevalencia del apellido paterno frente al materno y, permite que ambos padres sean los que decidan el orden de los apellidos. Si hay desacuerdo el Encargado del Registro Civil «acordará el orden de los apellidos, atendiendo al interés del menor» (art. 49). Además, precisa que, la citada Ley de Registro Civil de 2011 sistematiza y agiliza el procedimiento de cambio de nombre y apellidos que, se somete como regla general al Encargado del Registro[17].

De todas formas, el artículo 50.1 de la LRC de 2011 consagra, por primera vez en la legislación registral, el reconocimiento del nombre como derecho de la persona desde el nacimiento y como acertadamente, señala LACRUZ BERDEJO (2010, 80) a través del artículo 10.2 de la Constitución española y artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero se puede entender incorporado indirectamente en nuestro ordenamiento el nombre[18]. Asimismo, de forma más amplia, precisa en esta línea SERRANO FERNÁNDEZ (2001, 697) que «la ausencia de una regulación expresa en nuestro texto constitucional no puede, sin embargo, hacernos olvidar que el derecho al nombre constituye quizás la manifestación más importante del derecho a la identidad personal; en tal sentido su reconocimiento no es solo presupuesto del ejercicio de los demás derechos, sino también una exigencia de la dignidad del ser humano y del libre desarrollo de la personalidad, tal como proclama el artículo 10 de la Constitución española»[19].

Si bien, conviene señalar que, la consagración del derecho al nombre se había producido con anterioridad a las legislaciones citadas en algunos Tratados internacionales ratificados por España. Así el artículo 24.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece que «el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre», y el artículo 7 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 que dispone que «el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos», y en su artículo 8 contiene, además, el compromiso de los Estados «de respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, nombre y relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas».

Ahora bien, aunque las normas que rigen el nombre y los apellidos de una persona son competencia de cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea, estos, no obstante, deben respetar el Derecho comunitario. Así en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Pleno), de 2 de octubre de 2003[20] dispone que, los españoles que, además de la nacionalidad española tengan la de otro Estado de la Unión, tiene el derecho a solicitar de ese Estado al amparo del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, un cambio de los apellidos para adecuarlos a la tradición española —que refleja los apellidos paterno y materno—. Al respecto declara que «los artículos 12 CE y 17 CE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en circunstancias como las del procedimiento principal, la autoridad administrativa de un Estado miembro deniegue la solicitud de cambio de apellidos para los hijos menores que, residen en dicho Estado y que tienen la doble nacionalidad de dicho Estado, y de otro Estado miembro, cuando dicha solicitud tiene por objeto que, los hijos puedan llevar el apellido de que serían titulares en virtud del derecho y de la tradición del segundo Estado miembro».

Sobre tales bases, la existencia de una dualidad legislativa, determina que, en nuestro estudio vamos a tener en cuenta tanto la normativa del Registro Civil vigente, como la que está pendiente de entrada en vigor este año, lo que nos permitirá, asimismo, un análisis comparativo de ambas.

3. La imposición del nombre

En la inscripción del nacimiento se expresará el nombre que se da al nacido (art. 54 LRC). Su elección corresponde a ambos progenitores conjuntamente,

si bien sujeto a ciertos límites[21]. La Circular de la DGRN de 2 de julio de 1980 establece como uno de los criterios en relación con la imposición del nombre propio al nacido «el principio de libertad de los padres para imponer al nacido el nombre que estimen conveniente y la excepción son los límites y prohibiciones contenidos en el artículo 54 de la Ley de Registro Civil y 192 del Reglamento del Registro Civil que tienen su justificación en el respeto a la dignidad de la persona del nacido y en la necesidad de evitar confusiones en la identificación». Y, añade que, «tales prohibiciones, por su propia naturaleza, han de interpretarse restrictivamente de modo que no cabe rechazar el nombre elegido por los padres más que cuando claramente y de acuerdo con la realidad social actual aparezca que aquel nombre incide en alguna prohibición legal»[22].

En todo caso, si los padres o guardadores no expresarán el nombre del nacido o este fuera inadmisible, el Encargado del Registro requerirá a aquellos para que den el nombre al nacido; pasados tres días sin haberlo hecho, el artículo 193.2 del RRC señala que, se procederá a la inscripción del nacimiento imponiendo el nombre el Encargado del Registro Civil. En similares términos se expresa el artículo 50.3 de la LRC de 2011 al disponer que «el Encargado impondrá un nombre corriente al nacido, cuando los obligados a su fijación no lo señalaren, tras haberles apercibido y transcurrido un plazo de tres días. Resultan, en consecuencia, personas legitimadas para ejercer esta facultad de elección del nombre personal e individual a "los titulares de la patria potestad o guardadores"»[23].

En caso de discrepancia entre los progenitores, y de separación de hecho, corresponde al progenitor con quien convive el menor la imposición del nombre. Así lo ha entendido la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 3 de octubre de 1990 cuando señala que «el derecho de imponer nombre propio a los hijos comunes es indudablemente una de las facultades integrantes de la patria potestad y que corresponde conjuntamente a los padres (arts. 154 y 156 del Código Civil). Ahora bien, este principio general tiene forzosamente matizaciones que detalla el artículo 156 del Código Civil, atendiendo a las muy distintas situaciones que, pueden darse en la vida real y entre ellas, se cuenta el caso de que los padres vivan separados en el que, en principio «la patria potestad se ejercerá por aquel con quien conviva». Por esto, como en el momento de iniciarse el expediente, los cónyuges, según se ha comprobado en las actuaciones, estaban separados de hecho y el hijo convive con su madre, ha de prevalecer el nombre elegido por esta» (*Fundamento de Derecho 2.º*)[24]. Y, en esta línea, de considerar que corresponde al juez designar quien decide, se posiciona parte de la doctrina[25]. No faltan quienes, como LINACERO DE LA FUENTE (1992, 30; 2002, 140; 2013, 218 y 227) que considera que «no deja de parecer absurdo o excesivo acudir a la vía judicial, para que sea el juez quien decida si se impone el nombre que quiere el padre o el que pretende la madre». Por lo que, entiende que la solución que debería adoptarse sería que fuera el Encargado del Registro Civil que es la autoridad competente en materia de nombre y apellidos en la legislación registral[26]. Asimismo, en esta línea BARBER CÁRCAMO (2016, 599) considera «más razonable entender que solo el pacto de ambos cónyuges y no la intervención judicial a la que Código atribuye no la facultad de elegir, sino la de atribuir un ejercicio concreto de la patria potestad, puede eludir la aplicación del régimen legal»[27].

En todo caso, el término nombre se emplea tanto en sentido estricto para referirse al nombre propio como en sentido amplio, comprendiendo el nombre propio y los apellidos de la persona.

4. Límites a la libertad de elección del nombre propio

La libertad de elección del nombre del nacido por los progenitores no es ilimitada, pues, hay determinados límites y prohibiciones legales.

Así para la elección de nombre, conforme disponen los artículos 54 de la LRC de 1957 y 192 del RRC debe tenerse en cuenta:

1. No podrá consignarse más de un nombre compuesto, ni más de dos simples, a lo que añade el artículo 192 RRC —reformado por Real Decreto 193/2000, de 11 de febrero— que «estos —nombres simples— se unirán por un guion y ambos se inscribirá con mayúscula inicial». Por su parte, el artículo 51.1 de la LRC 2011 también señala que «No podrán consignarse más de dos nombres simples o uno compuesto»[28]. Con ello se trata de evitar dudas acerca de cuándo acaban los nombres propios y cuándo comienzan los apellidos[29]. O, como señala LINACERO DE LA FUENTE (2013, 444; 2002, 141) «evitar retahílas inacabables de nombres que no se utilizan nunca y pueden ocasionar problemas en la práctica, tanto a particulares, como a la Administración»[30].

Los nombres simples son los formados por un único vocablo, sin que puedan consignarse en el Registro más de dos nombres simples[31]. Y los nombres compuestos son los formados por varios vocablos utilizados conjunta y habitualmente como un solo nombre[32].

No obstante, existen determinadas advocaciones marianas como «Dulce nombre de María» compuestos por varios vocablos y que se admiten, teniendo en cuenta el principio de libre elección del nombre; además los límites han de interpretarse restrictivamente y la existencia de la devoción popular. Así la Resolución de la DGRN, número 7, de 24 de enero de 2001[33] admite María del Amor Hermoso, pues, señala que «un nombre compuesto puede comprender más de dos vocablos como ocurre con diversas advocaciones marianas (caso de María del Perpetuo Socorro o Dulce nombre de María) porque no hay motivo, aceptando la devoción popular, para rechazar el nombre elegido por los padres».

2. Nombres contrarios a la dignidad. Así quedan prohibidos los nombre que objetivamente perjudiquen a la persona (art. 54.2 primera parte de la LRC 1957). El artículo 192.2 del RRC señala que se consideran como tales «los nombres propios, que por sí o en combinación con los apellidos, resulten contrarios al decoro»[34]. Por su parte, en esta línea, el artículo 51.2 LRC 2011 dispone que «no podrán imponerse nombres que sean contrarios a la dignidad de la persona». En su redacción originaria el artículo 54 de la LRC prohibía «los nombres extravagantes, impropios de personas, irreverentes y subversivos»[35].

Por su parte, la Circular de 2 de julio de 1980 no considera extravagantes, impropios de personas, ni subversivos los nombres que se refieran a valores recogidos por la Constitución. Y son admisibles los nombres extranjeros que no tengan equivalente onomástico usual en lenguas españolas, bien pertenezcan al acervo cultural universal, bien al de determinada nacionalidad o región española, los geográficos que, en sí mismos, son apropiados para designar persona y, en fin, cualquier nombre abstracto común o de fantasía, que no induzca al error en cuanto al sexo. Se mantiene un criterio aperturista en la aceptación de nombres de fantasía[36].

3. Nombres que hagan confusa la identificación y los que induzcan al error en cuanto al sexo (art. 54.2 segunda parte LRC 1957). Asimismo, el artículo 51.2 *in fine* de la LRC 2011 señala que «no podrán imponerse nombres que hagan confusa la identificación»[37]. Se ha suprimido, sin embargo, en esta nueva regulación la referencia expresa a la prohibición de nombres que induzcan al error

en cuanto al sexo. Para PARRA LUCÁN (2016, 64) cabe defender que, esta referencia, no obstante, se encuentra incluida en otra que, sí se mantiene, como es precisamente, la que no puede hacer confusa la identificación, lo que puede suceder si se impone a una mujer un nombre masculino y al revés[38].

La Dirección General de los Registros y del Notariado reitera que se rechazan únicamente los vocablos que designen inequívocamente el sexo opuesto[39], admitiendo los nombres ambiguos o indeterminados para uno u otro género (por ejemplo, Amor, Mar, Camino, Trinidad)[40].

La prohibición de apellidos o seudónimos como nombre propio, contenida en la redacción originaria del artículo 54 de la LRC 1957, puede considerarse incluida dentro de los nombres que hagan confusa la identificación[41].

Precisamente, recientemente se ha pronunciado la Dirección General de los Registros y del Notariado, ante la solicitud el día 14 de julio de 2016 de los progenitores de inscribir a su hijo, nacido el 12 de julio de 2016, con el nombre de «Lobo» según se acredita con parte facultativo del centro sanitario. Previo informe desfavorable del Ministerio Fiscal, el 29 de julio de 2016 el Juez Encargado del Registro Civil dictó acuerdo calificador disponiendo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 54 de la Ley del Registro Civil, no admitir el nombre propuesto, por cuanto es susceptible de confundirse con un apellido, y requerir a los padres para que en el plazo de tres días designen otro. Notificados de lo anterior, no consta en el expediente comparecencia de los padres. El 4 de agosto de 2016 los progenitores presentaron en el Registro general del Ministerio de Justicia escrito de recurso alegando que el nombre de «Lobo» no incurre en ninguna de las prohibiciones del artículo 54.2 de la Ley del Registro Civil, por considerar que no perjudica objetivamente a la persona, no hace confusa la identificación ni induce error en cuanto al sexo. Asimismo, alegan que no se les dio traslado en la resolución impugnada de los motivos de la denegación. Los promotores aportan, junto con el recurso, dos fotocopias de DNI que corresponden a personas con el nombre «JUAN-LOBO». De la interposición se dio traslado al Ministerio Fiscal, que interesó la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución impugnada, y el Juez Encargado emitió informe indicando que los fundamentos del auto recurrido se basan en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en un caso análogo, y seguidamente dispuso la remisión de lo actuado a la Dirección General de los Registros y del Notariado para que se pronunciase. A tal fin se dicta la Resolución, número 1, de 22 de agosto de 2016 en la que se estima el recurso teniendo en cuenta que los padres tienen amplia libertad de escoger para sus hijos el nombre propio que estimen oportuno, siempre que no contravengan las prohibiciones legalmente establecidas y dispone que, se inscriba al nacido con el nombre «Lobo». Para ellos, se establecen los siguientes argumentos: «las sucesivas reformas del artículo 54 de la Ley del Registro Civil han ido derogando antiguos límites, admitiendo nombres de fantasía, permitiendo la consignación del nombre propio en cualquiera de las lenguas españolas, y los nombres propios extranjeros, así como los hipocorísticos. En efecto, la redacción actual de dicho artículo, conforme a la modificación realizada por la Ley 3/2007, de 15 de marzo de 2007, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (posterior a la Resolución de esta Dirección General, número 18, de 1 de octubre de 2005 en que se basa la resolución recurrida) eliminó la prohibición relativa al uso de diminutivos o variantes familiares y coloquiales que no hayan alcanzado sustantividad, con el fin de garantizar el derecho de las personas a la libre elección del nombre propio. Con ello fueron aceptando los hipocorísticos como nombres propios en el Regis-

tro Civil. Esta tendencia aperturista continua hasta consagrarse expresamente el principio de libertad de elección de nombre propio en el artículo 51 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, actualmente en *vacatio legis*». A continuación añade que, «dentro de ese contexto de libertad de elección, el nombre elegido por los progenitores no puede ser rechazado más que cuando claramente incurra en alguna de las prohibiciones contenidas en el artículo 54 de la Ley del Registro Civil. Es decir: 1. No podrán consignarse más de dos nombres simples o uno compuesto. 2. No podrán imponerse nombres que objetivamente perjudiquen a la persona (este inciso se suprime en la reforma por Ley 20/2011 en *vacatio legis* lo cual es un nuevo argumento en favor de la libertad de elección), sean contrarios a la dignidad de la persona ni los que hagan confusa la identificación. 3. No podrá imponerse al nacido nombre que ostente uno de sus hermanos con idénticos apellidos, a no ser que hubiera fallecido. En un Estado de Derecho las prohibiciones han de ser interpretadas restrictivamente y teniendo en cuenta la realidad cultural y social del momento (tal como establece el artículo 3.º y 4.º párrafo segundo del Código Civil). Por tanto, para que se deniegue un nombre propio en base a lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 54 de la Ley de Registro Civil, tiene que ser claramente contrario a la dignidad de la persona o inducir claramente a confusión en la identidad, cosa que no se produce con el nombre elegido por los progenitores en este caso».

Sobre tales bases legales dispone que «en nuestro caso no hay razones objetivas suficientes para denegar la imposición del nombre "Lobo" para un hombre, puesto que, el hecho de que un nombre designe a un animal no es razón suficiente, por si sola, para denegarlo como nombre propio. Así, son numerosos los casos de nombres propios de personas que se refieren a animales, tales como Paloma, Coral, León, Delfín y tantos otros. Además, existen numerosos nombres propios españoles relacionados con la etimología de Lobo, como Lope, Lupe, Lupicinio o Guadalupe (debe recordarse que San Lope o Lupo de Troyes es un santo venerado por diversas confesiones cristianas). También son frecuentes los apellidos relacionados con la etimología de la palabra «lobo» tales como López, Lobón, Lobato o Lobatón».

Por lo que «no puede afirmarse, a juicio de esta Dirección General, que el nombre Lobo «objetivamente» (como señala el art. 54 LRC vigente), perjudique a la persona, puesto que no remite de modo inequívoco e inmediato a ningún vocablo de connotación denigrante, ofensiva o siquiera inconveniente». Con todo, el argumento de la denegación por el Juez Encargado del Registro Civil es que «Lobo» es un apellido específico que podría dar lugar a confusión en la identificación. Lo cierto es que «la confusión en la identificación es, en efecto un límite a la libertad de elección. Pero nuevamente nos encontramos ante una limitación que debe ser objeto de interpretación restrictiva, de manera que no siempre una palabra por el mero hecho de constituir un apellido está prohibido utilizarla como nombre. Solo estará prohibida su utilización cuando se trate de un apellido muy característico, específico, que pueda hacer pensar que se está ante una persona distinta».

Asimismo, precisa que «el término "Lobo" se ha asociado tradicionalmente en el sentir popular a apellido y, en consecuencia, cuando este mismo centro directivo tuvo que pronunciarse al respecto —*vid.,* en último término la Resolución de 18-1.ª de octubre de 2005—, sostuvo que no era admisible como nombre propio de hombre entendiendo que, conocido en España como apellido, su imposición como nombre hace confusa la identificación de la persona.

Sin embargo, este criterio no puede seguir manteniéndose hoy en día, porque las reformas legales posteriores —como se ha visto— han consagrado el principio general de libertad de elección suprimiendo antiguas prohibiciones, y porque su admisión social como nombre propio supone el decaimiento de la prohibición que pudiera derivar de su anterior caracterización como apellido. Lo que antes era inequívocamente un apellido español puede tener actualmente la doble condición de nombre y de apellido». A todo esto, además, «es importante destacar que, frente a lo que señala la resolución recurrida, el apellido «Lobo» no es específico, sino que hace referencia a un concepto genérico y fungible —como lo son todos los animales o cosas en general— a diferencia de otros apellidos, que por tener una sustantividad propia, sí podrían inducir a confusión sobre la identidad de la persona y por tanto está prohibida su utilización como nombre».

Lo cierto continúa la Resolución manifestando que «no es el primer caso en que este Centro Directivo acomoda su doctrina a la realidad social actual y acepta como nombre propio vocablos genéricos que antes no eran admitidos como tales. Así, por ejemplo se modificó la doctrina (Resolución, número 36, de 6 de noviembre de 2015) admitiendo "Vega" como nombre, cuando tradicionalmente se ha considerado apellido, precisamente porque no es un apellido específico y la realidad social venía aceptándolo también como nombre propio.

Lo mismo ocurrió históricamente en relación a otros nombres de animal como, por ejemplo, "León" que indistintamente se utiliza como nombre propio y apellido, sin que se aprecien diferencias que justifiquen la admisión de este nombre y no el de "Lobo"».

Por lo que «de acuerdo con lo anteriormente expuesto, teniendo en cuenta el principio general de libertad de elección de nombre consagrado en nuestra Ley de Registro Civil, la interpretación restrictiva de las prohibiciones, se considera que "Lobo" no es un nombre contrario a la dignidad de la persona, su carácter genérico y no específico que impide la confusión en la identificación y permite su utilización tanto como nombre propio como apellido».

Contra esta resolución, conforme establece el artículo 362 del Reglamento del Registro Civil, no cabe recurso alguno, no obstante podrá interponerse demanda judicial en el orden civil ante el Juez de Primera Instancia correspondiente que, no ha tenido lugar.

En esta Resolución de 22 de agosto de 2016 se varía de criterio con respecto a la anterior Resolución, número 18, de 1 de octubre de 2005 que, había resuelto un caso similar y, en el que, se denegó el nombre "lobo" como nombre asignado a una persona por inducir a confusión con el apellido español "lobo". Con tal forma de proceder el Centro Directivo opera en la línea del legislador de reforzar el principio de libre elección de los padres del nombre de sus hijos, de interpretar restrictivamente cualquier prohibición y de amoldar la interpretación de las normas a la nueva realidad social; argumentos que justifican que, el término lobo pueda emplearse indistintamente como nombre y apellido, y, en consecuencia, no induzca a confusión en cuanto a la identidad de la persona. En el futuro, si este Centro Directivo se mantiene en esta línea aperturista, podremos constatar la permisibilidad de nombres que hasta ahora no se utilizaban como tal, pero que son admitidos en la sociedad actual.

En cuanto a la prohibición de vocablos que induzcan al error en cuanto al sexo, la Circular de 2 de julio de 1980 admite «cualquier nombre abstracto, común o de fantasía, que no induzcan a error en cuanto al sexo»[42]. Al respecto precisa LINACERO DE LA FUENTE (2002, 147) que «la denegación de aquellos nombres que pueden plantear dudas acerca del sexo es solución obligada no solo

por razones de orden público, sino también por la necesidad psicológica del propio individuo de afirmar su identidad sexual, evitando confusiones innecesarias en una época ciertamente delicada como es la infancia»[43].

4. Se prohíbe, asimismo, la homonimia entre hermanos. Así no puede imponerse al nacido el mismo nombre que ostente uno de sus hermanos, a no ser que hubieses fallecido, así como tampoco su traducción usual a otra lengua (art. 54.3 de la LRC 1957).

No obstante, dicha prohibición de homonimia entre hermanos será válida la imposición a los hermanos de la forma masculina y femenina del mismo nombre, así como un nombre simple o compuesto que, coincida parcialmente con el otro hermano —Luis Manuel y Luis Francisco)[44]. En esta línea, el artículo 51.3 de la LRC 2011 señala que «no podrá imponerse al nacido el nombre que ostente uno de sus hermanos con idénticos apellidos, a no ser que hubiera fallecido». En todo caso, como precisa PARRA LUCÁN (2016, 64) el límite no existe cuando les corresponde diferentes apellidos[45].

De todas formas, la reforma del artículo 54 de la LRC 1957 por la Ley 3/2007, de 15 de marzo suprimió la prohibición de imponer como nombres los diminutivos o variantes familiares y coloquiales que no hayan alcanzado sustantividad; lo que hasta entonces había generado numerosos recursos y una lista de diminutivos una veces admitidos[46] u otras rechazados[47]. Tras la citada modificación se admite cambios del nombre por una variante del mismo, los diminutivos o hipocorísticos del nombre propio que hayan alcanzado sustantividad[48]. Asimismo, la reforma del citado artículo 54 por la Ley 20/1994, de 6 de junio derogó la prohibición de nombres extranjeros que tuvieran traducción usual a lenguas españolas; y, en consecuencia, a partir de la citada reforma se admiten los nombres extranjeros sin traducción usual a lenguas extranjeras[49]. Antes de la reforma por Ley 20/1994, se propuso *de lege ferenda* por LINACERO DE LA FUENTE (1992, 70) la necesidad de admitir nombres extranjeros[50].

5. Modificación o cambio de nombre propio.

La Ley de Registro Civil permite la modificación o el cambio de nombre, previa autorización del Juez Encargado del Registro Civil (arts. 59 de la LRC y 209 del RRC); o de la Dirección General de los Registros y del Notariado por delegación del Ministerio de Justicia (arts. 57.1 y 60 de la LRC y 205.1 y 210 RRC), si media justa causa y no hay perjuicios para terceros (arts. 60 *in fine* de la LRC y 210 RRC)[51]. También procede el cambio de nombre por Real Decreto cuando se den circunstancias excepcionales (arts. 58.2 de la LRC y 208.2 RRC) mediante la tramitación de un expediente gubernativo que se rige por las normas generales de los expedientes contenidas en los arts. 97 LRC y 341 a 362 del RRC) y con las especialidades de los artículos 216 a 218 y 365 y 369 RRC). La autorización del cambio de nombres no surtirá efectos mientras no se inscriba al margen de la correspondiente inscripción de nacimiento (arts. 62 LRC y 218 RRC).

En cuanto a las causas por las que se puede solicitar el cambio de nombre, los artículos 59.2 y 5 de la LRC y 209.2, 4 y 5 del RRC señalan que, puede autorizar el Juez Encargado del Registro Civil, previo expediente, el cambio de nombre impuesto con infracción de las normas establecidas, la traducción de nombre extranjero y el cambio de nombre por el usado habitualmente[52]. Por su parte, el artículo 52 de la LRC 2011 atribuye la competencia el Encargado del Registro Civil mediante procedimiento registral —se simplifica el procedimiento— y asi-

mismo, se reducen las causas del cambio, pues, únicamente procede el cambio por el nombre utilizado habitualmente.

En todo caso, se entiende que no concurre justa causa cuando la modificación sea de escasa entidad, esto es, objetivamente mínima e intrascendente[53].

Por otra parte, no resulta necesario tramitar expediente gubernativo, cuando a petición del interesado o su representante legal, el encargado del Registro sustituye el nombre propio por su equivalente onomástico en cualquiera de las lenguas españolas (art. 54.4 LRC). De forma similar, el artículo 50.4 de la LRC 2011 dispone que, «a petición del interesado o de su representante legal, el Encargado del Registro sustituirá el nombre propio por su equivalente en cualquiera de las lenguas españolas».

Finalmente, la Ley 3/2007, de 15 de marzo reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas establece que dicha rectificación conlleva el cambio de nombre propio de la persona, a efectos de no resultar discordante con su sexo registral (art. 1.2). Tiene legitimación para solicitar la rectificación de la mención registral del sexo toda persona de nacionalidad española, mayor de edad y con capacidad suficiente. En la solicitud de rectificación registral se deberá incluir la elección de un nuevo nombre propio, salvo cuando la persona quiera conservar el que ostente y este no sea contrario a los requisitos de la Ley de Registro Civil. Para proceder a esa rectificación registral basta que la persona solicitante acredite mediante informe de médico o de psicólogo clínico que, le ha sido diagnosticada disforia de género esto es que, exista disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial, así como la estabilidad y persistencia de esa disonancia y que haya sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes del sexo reclamado [art. 4.1 a) y b)]. No será necesario para la concesión de la rectificación registral de la mención del sexo de una persona que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual (art. 4.2). En todo caso, se tramitará y se acordará la rectificación registral de la mención del sexo con sujeción a las disposiciones de la mencionada Ley 3/2007, y por las normas previstas para los expedientes gubernativos. La competencia para conocer de las solicitudes de rectificación registral de la mención del sexo corresponde al Encargado del Registro Civil del domicilio del solicitante[54]. Ahora bien, asimismo, lo contempla como un supuesto de rectificación de asientos por procedimiento registral el artículo 91.2 de la LRC 2011 al disponer que «la mención registral relativa al nombre y al sexo de las personas cuando cumplan los requisitos del artículo 4 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral relativa al sexo, se rectificarán mediante procedimiento registral. En tales casos, la inscripción tendrá eficacia constitutiva» —lo que supone esta última mención una novedad—.

6. Conexión entre el derecho al honor y a la propia imagen y el derecho al nombre

Ahora bien, en la medida que el nombre identifica a la persona y se habla de bien jurídico, atributo o derecho de la personalidad, algunos ataques a otros derechos de la personalidad pueden efectuarse mediante la utilización del nombre. Así el artículo 7.6 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo considera intromisiones ilegítimas la utilización del nombre de una persona para fines publicitarios o comerciales sin su consentimiento, y el artículo 7.3, teniendo en cuenta el derecho al honor y el prestigio profesional o consideración social, se

califica como intromisión ilegítima la divulgación de hechos relativos a la vida de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre (art. 7.3)[55].

Si bien, aunque la materia exigiría un tratamiento más profundo, por razones de espacio no procede llevarlo a cabo en esta sede, sin perjuicio de acometer el reto de tal análisis en un futuro. No obstante, nos parece oportuno señalar que, pese a que el Tribunal Constitucional en Sentencias 117/1994, de 25 de abril y 167/2013, de 7 de octubre[56] considera incluido el derecho al nombre dentro del conjunto de derechos de la persona, y más concretamente en el ámbito del derecho fundamental a la propia imagen del artículo 18.1 de la Constitución española[57]; sin embargo, consideramos acertada la posición de aquella parte de la doctrina que, considera que el nombre es un derecho de la personalidad de naturaleza autónoma que, si bien, encuentra su manifestación en la dignidad de la persona y en el libre desarrollo de la personalidad, no constituye un derecho fundamental, como sí lo es el derecho a la propia imagen; de ahí su protección reforzada[58]. Si bien, en el mismo sentido del Tribunal Constitucional se ha pronunciado tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En concreto, en relación con los apellidos, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) de 22 de diciembre de 2010 (C-208/09, Sayn-Wittgenstein, ap. 52)[59] expresa que «el apellido de una persona es un elemento constitutivo de su identidad y de su vida privada, cuya protección está consagrada por el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como en el artículo 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Aunque el artículo 8 de dicho Convenio no lo mencione expresamente, el apellido de una persona afecta a su vida privada y familiar al constituir un medio de identificación personal y un vínculo con una familia». En el mismo sentido, se han pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las Sentencias Burghartz c. Suiza de 22 de febrero de 1994, ap. 24[60] y Stjerna c. Filandia de 25 de noviembre de 1994, ap. 37[61].

III. LA ATRIBUCIÓN DE LOS APELLIDOS

1. La determinación de los apellidos

Una vez se ha determinado la filiación por los medios legalmente establecidos, uno de los efectos que derivan de la misma, es la atribución de los apellidos (art. 109 del Código Civil). Tradicionalmente en nuestro ordenamiento respecto a la filiación determinada respecto de ambos progenitores, los españoles tienen dos apellidos, primero es el primero del padre y luego el primero de la madre por este orden (arts. 53 LRC y 194 RRC), a salvo la opción prevista en el artículo 109 del Código Civil. Desde la reforma operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo se posibilita que, el hijo al alcanzar la mayoría de edad, puede solicitar que se altere el orden de sus apellidos, bajo la consideración que, la prioridad del apellido paterno y la posposición del apellido materno (y el de su familia), podía considerarse una discriminación injustificada que podían enmendar los hijos que lo quisieran[62].

Sobre la base del principio de igualdad reconocida en el artículo 14 de la Constitución española, la Ley 40/1999, de 5 de noviembre considera en su Exposición de Motivos que «es, por tanto, más justo y menos discriminatorio para la mujer permitir que ya inicialmente puedan los padres de común acuerdo

decidir el orden de los apellidos de sus hijos». A tal fin se modifican los artículos 109 del Código Civil y 54 de la LRC de modo que «si la filiación —ya sea matrimonial o no matrimonial— está determinada respecto de ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido antes de la inscripción registral»[63] de no ejercitase esta opción resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 194 RRC —redactado por Real Decreto 193/2000, de 11 de febrero—[64] de forma que «el primer apellido será el primer apellido del padre y el segundo apellido el primero de los personales de la madre, aunque sea extranjero[65].

Por su parte, el artículo 49.2 de la LRC 2011 de forma novedosa suprime la citada prevalencia del apellido paterno sobre el materno y dispone al respecto que «si la filiación está determinada por ambas líneas, los progenitores acordarán el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral» —en concordancia hasta ahora con lo establecido en el artículo 109 del Código Civil—. Y añade que «en caso de desacuerdo o cuando no se hayan hecho constar los apellidos en la solicitud de inscripción, el Encargado del Registro Civil requerirá a los progenitores o a quienes ostenten la representación legal del menor, para que en el plazo máximo de tres días comunique el orden de los apellidos. Transcurrido dicho plazo sin comunicación expresa, el Encargado acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor». Como novedad se refuerza el acuerdo de los padres para la determinación del orden de los apellidos, y, ante la falta de acuerdo, o silencio de a quienes corresponde fijar tal orden de los apellidos, se atribuye el poder de decisión al Encargado del Registro, el cual deberá atender como criterio preferente el interés superior del menor[66]. No obstante, conviene señalar que, la nueva Ley de Registro Civil opta por desjudicializar la institución del Registro Civil, por lo que la llevanza del Registro Civil, como la toma de decisiones en la determinación del orden de los apellidos en caso de discrepancia o cuando no se han hecho constar los apellidos, corresponde al Encargado del Registro Civil que ya no es juez; pues, conforme el Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio se encomienda tales competencias a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles que, en su caso estén destinados en los Registros Mercantiles, por razón de su competencia territorial. En todo caso, sobre la base del criterio rector del interés del menor que, debe tener en cuenta el Encargado del Registro, LINACERO DE LA FUENTE (2013, 219) precisa al respecto que para decidir sobre el orden presumiblemente más favorable «el Encargado puede tener en cuenta criterios como el apellido con mayor arraigo local o renombre social siempre que sean positivos o que tengan connotaciones o resonancias históricas, culturales o artísticas, siempre que sean positivas. En su defecto, podrá atender otros criterios indiciarios del presumible interés del menor, como tener un contenido evocador más elevado, facilitar la identificación o tener carácter más eufónico»[67]. No obstante, añade que «podría en sede reglamentaria establecerse algunos criterios del citado interés e, incluso, contemplar expresamente la posibilidad de que si el criterio del interés del menor no fuera determinante para decidir el orden, el encargado pueda recurrir a un procedimiento aleatorio»[68]. Opta en el caso que el interés superior del menor no resultara determinante para decidir a favor de una u otra opción, ORDÁS ALONSO (2014, 88-89) «por un sorteo celebrado por el encargado del Registro Civil en presencia de ambos progenitores»[69].

En este contexto, la regulación de los apellidos se contiene, por un lado, en los artículos 109 y 111 del Código Civil, y en los artículos 53, 55, 56 a 62 de la

LRC y 194, 198 y 201 a 204 RRC aún vigente y, por otro, en los artículos 49.2, 50.3 y 53 a 57 de la LRC de 2011 que está actualmente en *vacatio legis*.

Siguiendo el criterio adoptado por la mayoría de la doctrina a la hora de determinar la atribución del orden de los apellidos, habrá que concretar si la filiación —matrimonial o no— está o no determinada. Así habrá que referirse a los supuestos de filiación determinada por ambos progenitores en los términos señalados, a la filiación determinada respecto de un solo progenitor, a la filiación desconocida, a la filiación adoptiva y al supuesto especial previsto en el artículo 111.2 del Código Civil[70].

Respecto de los supuestos de nacimiento con una sola filiación determinada o reconocida —ya sea paterna o materna— esta fijará el orden de los apellidos (art. 55.2 de la LRC). Con el objeto de evitar la coincidencia de los apellidos de los hijos con la filiación única determinada que, normalmente es la materna, se posibilita que el progenitor pueda invertir el orden de los apellidos al tiempo de la inscripción. LINACERO DE LA FUENTE (2013, 456) dispone que, la razón por la que se ha permitido tradicionalmente tal inversión «ha sido el deseo de ocultar el origen extramatrimonial del menor»[71]. En el mismo sentido LACRUZ BERDEJO (2010, 84) hace referencia a «la desventaja o incomodidad social, pues la coincidencia del primer apellido con el primero de la madre revela ante todos que el sujeto carece legalmente de padre»[72].

En consecuencia, tanto en los supuestos de filiación exclusivamente paterna como materna, podrán el padre o la madre invertir el orden de apellidos de sus hijos. En cuanto al plazo hábil para invertir el orden de los apellidos será «al tiempo de la inscripción». En la nueva regulación legal del Registro Civil, el régimen de atribución de apellidos en los casos de determinación de una sola filiación es similar a la actualmente en vigor. Al respecto el artículo 49.4 de la LRC 2011 dispone que «en los supuestos de nacimiento con una sola filiación reconocida, esta determina los apellidos. El progenitor podrá determinar el orden de los apellidos».

Ahora bien, en el caso que se tengan hijos con posterioridad al primer inscrito, tanto para el caso de una sola filiación determinada como para el caso de determinación por ambos progenitores regirá siempre el orden inscrito para el mayor, con independencia de que se haya ejercido o no la opción prevista en la Ley (art. 109.3 del Código Civil y art. 55.3 LRC «el orden de apellidos inscrito para el mayor regirá en las inscripciones de nacimiento posteriores de sus hermanos del mismo vínculo»). De forma similar, se pronuncia el artículo 49.2 párrafo 5 LRC de 2011[73]. Si bien, para todos los casos, sea cual sea el orden de los apellidos, el hijo al alcanzar la mayoría de edad puede solicitar que se altere el orden de los apellidos (art.109.4 del Código Civil y artículo 55.4 LRC)[74]. Se trata de una facultad personalísima que solo puede ejercitarse una sola vez y al alcanzar la mayoría de edad[75]. Sin embargo, como novedad el artículo 57.3 de la LRC 2011 establece que «los cambios de nombre y apellidos podrán ser solicitados por el propio interesado, si es mayor de dieciséis años»[76]. No hace falta esperar como sucede ahora a la mayoría de edad.

Por otra parte, si la filiación no está determinada respecto de ningún progenitor —filiación desconocida— el Encargado del registro Civil, «impondrá un nombre y unos apellidos de uso corriente (art. 55.5 LRC de 1957), sin que pueda imponer el de «expósito» u otro indicador del origen desconocido (art. 196.1 RRC). Para LINACERO DE LA FUENTE (2013, 457) el término uso corriente habrá que darle «una interpretación suficientemente amplia para incluir en su tenor, no solo aquellos apellidos que tengan una amplísima difusión (por ejemplo,

López, García), sino también cualesquiera que no resulten insólitos o escasos (o que pudieran implicar en su caso una usurpación de la posición social de otra persona)»[77]. En esta línea, el artículo 50.3 LRC 2011 dispone al respecto que: «El Encargado impondrá un nombre y unos apellidos de uso corriente al nacido cuya filiación sea desconocida. Igualmente impondrá, tras haberles apercibido y transcurrido un plazo de tres días, un nombre de uso corriente cuando los obligados a su fijación no lo señalaren»[78].

Ahora bien, el Código Civil guarda silencio sobre los apellidos del adoptado. La equiparación de efectos a la filiación por naturaleza (art. 108.2 del Código Civil) determina que, el adoptado adquiera los apellidos de los adoptantes o del adoptado con las mismas reglas que la determinación de la filiación por naturaleza (arts. 109 del Código Civil y 53 y 55 de la LRC 1957 y 49 de la LRC 2011)[79]. En todo caso, no será necesario modificar los apellidos del adoptado cuando por excepción, la adopción no extinga los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior (art. 178.2 del Código Civil) —si bien, se mantendrá el apellido de la línea subsistente—. En cuanto a la determinación posterior de la filiación por naturaleza del adoptado, no afecta a la adopción (art. 180.4 del Código Civil), y en consecuencia, no produce efecto alguno en cuanto a los apellidos[80]. No obstante, conviene precisar que, en los casos de acogimiento de un menor no se producen cambios de filiación, por lo que no se alteran el orden de los apellidos; en todo caso, se ha señalado que, podría ser viable el cambio de apellidos al amparo del artículo 207 b) del RRC[81]. Si bien, el artículo 54.2 de la LRC 2011 posibilita que, el Encargado del Registro pueda autorizar el cambio de apellidos, previo expediente instruido en la forma reglamentaria, en caso de solicitud por el acogido de los apellidos del acogedor o acogedores —acogimiento permanente o en caso de guarda con fines de adopción—.

Respecto a la doble maternidad biológica a favor de la cónyuge de la mujer casada que da a luz, el artículo 7.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida —modificado por la Ley 3/2007, de 15 de marzo y por la Ley 19/2015, de 13 de julio— señala que «cuando la mujer estuviera casada y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme lo dispuesto en la Ley de Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge» —ya no ha de hacerse antes del nacimiento—. Ello comporta la atribución de su apellido al hijo de ambas. Como expusimos en líneas precedentes, tras la modificación del artículo 53 de la LRC por la Ley 13/2005, de 1 de julio las personas son designadas por su nombre y apellidos correspondientes a ambos progenitores, si bien no especifica cómo han de fijarse los apellidos, en el caso de que no sean «padre» o «madre», y, tampoco se prevé en este supuesto cuando no hay acuerdo entre los progenitores, qué apellido ha de anteponerse. Para este supuesto, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha declarado en Resolución de 22 de mayo de 2008 que el Encargado habrá de actuar de oficio con amplia discrecionalidad «a semejanza de lo que prescribe nuestro ordenamiento registral para los casos de nombres o apellidos impuestos con infracción de normas»[82]. Por su parte, el artículo 44.5 de la LRC 2011 refiriéndose a este supuesto de doble maternidad, precisa que «también constará como filiación matrimonial cuando la madre estuviere casada y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer y esta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge», sin que de nuevo se especifique la fijación de los apellidos. Eso sí, califica esta filiación, como resulta obvio, como matrimonial. Por lo que,

de conformidad con el artículo 109 del Código Civil corresponderá a ambos progenitores ponerse de acuerdo, y de no ser así deberá decidir el Encargado del Registro Civil que, como se precisa en el artículo 49.2 de la LRC de 2011, lo hará atendiendo al interés del menor, en la línea ya marcada por la Dirección General de los Registros y del Notariado[83]. De todas formas, resulta posible que tanto en el caso de mujeres casadas entre sí como en los casos de adopción por personas del mismo sexo, los progenitores, precisamente, sean del mismo sexo, valga la redundancia.

En otro orden de cosas, si la filiación ha sido determinada judicialmente contra la oposición del progenitor o este ha sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación según Sentencia penal firme «el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión más que si lo solicita él mismo o su representante legal» (art. 111 del Código Civil)[84]. Habrá de manifestarlo ante el Encargado del Registro Civil, pudiendo ejercitar tal opción en cualquier momento[85]. No obstante, pueden cesar tales restricciones por determinación del representante del hijo aprobado judicialmente o por voluntad del propio hijo alcanzada la mayoría de edad. Por tanto se dispone de dos vías para el mantenimiento de los apellidos del padre (art. 111.3 del Código Civil)[86].

En este contexto, para los extranjeros que adquieren la nacionalidad española —extranjeros nacionalizados— estando ya determinada su filiación, ha de mantenerse, en principio, los apellidos fijados por la filiación según la ley española (primero el del padre y el segundo el primero de los personales de la madre) que se sobreponen a los meramente usados (arts. 109 del Código Civil, 55 LRC y 194 y 213.1 RRC)[87]. Si bien, el artículo 199 del RRC permite al extranjero que adquiere la nacionalidad española conservar los apellidos que ostentara con anterioridad, si así lo declara en el acto de adquirirla o dentro de los dos meses siguientes a la adquisición o a la mayoría de edad, sin que se le permita tener un solo apellido, pues el sistema español de doble apellido se exige, igualmente, a los extranjeros nacionalizados españoles al ser principio de orden público[88]. Ante el hecho constatado del incremento muy notable del número de extranjeros extracomunitarios que adquiere la nacionalidad española en los últimos años y, con la finalidad de facilitar la practica registral y evitar las inscripciones precisamente con un solo apellido a los extranjeros nacionalizados, se elabora la Instrucción de la DGRN de 23 de mayo de 2007 que fija las directrices a seguir en la aplicación de la ley española a la determinación de los apellidos de los extranjeros nacionalizados españoles. Tiene por objeto «clarificar las dudas existentes en esta materia del régimen legal de los apellidos de los ciudadanos extranjeros que adquieren la nacionalidad española, fijando los criterios y directrices a que habrá de ajustarse la práctica registral, en beneficio de la conveniente uniformidad y de la deseable seguridad jurídica en una materia tan sensible como lo es la debida identificación de los españoles»[89]. Por su parte, en esta línea, el artículo 56.1 de la LRC 2011 permite al que adquiere la nacionalidad española conservar los apellidos que ostente en forma distinta a la legal «siempre que así lo declare en el acto de adquirirla o dentro de los dos meses siguientes a la adquisición de la mayoría de edad y que los apellidos que se pretenden conservar no resulten contrarios al orden público internacional» —esta última referencia constituye una novedad en nuestro ordenamiento—.

Para el caso de españoles que nazcan fuera de España en territorio de un Estado miembro de la Unión Europea, atendiendo a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala) de 14 de octubre de 2008 —cuestión prejudicial planteada conforme al artículo 234 CE por el Amtsgericht de Flensburg

(Alemania)—[90], se dicta la Instrucción de la DGRN de 24 de febrero de 2010 sobre reconocimiento de los apellidos inscritos en los Registros Civiles de otros países miembros de la Unión Europea, teniendo como objeto la presente Instrucción «clarificar las dudas que puedan plantearse en la aplicación práctica de la doctrina surgida de la citada Sentencia, fijando los criterios y directrices que habrán de orientar la práctica registral en la referida materia, en beneficio de la conveniente uniformidad y de la deseable seguridad jurídica en el ámbito de actuación de los Encargados de los Registros Civiles españoles»[91].

Por su parte, en caso de doble nacionalidad —en caso de españoles que tengan igualmente la nacionalidad de otro Estado miembro de la Unión Europea— los cambios de apellidos voluntarios realizados de conformidad con las reglas relativas a la determinación de apellidos aplicables en este último Estado, como dispone el artículo 56.2 de la LRC de 2011 «serán reconocidos en España, salvo cuando dicho cambio sea contrario al orden público español, o bien cuando habiendo sido dicho cambio resultado de una resolución judicial, esta no haya sido reconocida en España».

2. Modificación o cambio de los apellidos que consten en el Registro Civil

El cambio o modificación de los apellidos se contiene en los artículos 57 a 62 de la LRC 1957 y en los artículos 53 a 55 de la LRC 2011. Así, comenzando por la regulación aún vigente, la modificación de los apellidos cuando no corresponda a un cambio en la filiación, requiere autorización previa del Encargado del Registro Civil o de la Dirección General de los Registros y del Notariado por delegación del Ministerio de Justicia. En todo caso, requieren justa causa y que no se perjudique a terceros (art. 60 de la LRC). El juez de Primera Instancia, encargado del Registro Civil, puede autorizar, previo expediente el cambio en los apellidos en los siguientes casos: 1. El cambio del apellido expósito u otros análogos, indicadores del origen desconocido, por otro que pertenezca al peticionario, o en su defecto, por un apellido de uso corriente. 2. El del apellido impuesto de las normas establecidas; 3. La conservación por el hijo o sus descendientes de los apellidos que vinieron usando, siempre que insten el procedimiento dentro de los dos meses siguientes a la inscripción del reconocimiento o, en su caso, a la mayoría de edad; 4. La traducción del nombre extranjero o adecuación gráfica al español de la fonética de apellidos también extranjeros (art. 59 LRC y art. 209 RRC —enumeración que se considera, tiene carácter taxativo—). El artículo 195 del RRC permite, en todo caso, que, a petición del interesado, se anteponga la preposición «de» al apellido paterno que, fuera usualmente nombre propio o empezare por tal[92]. Asimismo, en esta línea, el artículo 49.2 párrafo 5 de la LRC 2011 establece que en la primera inscripción, cuando así se solicite, podrá constar la preposición «de» y las conjunciones «y» o «i» entre los apellidos, en los términos previstos en el artículo 53 de la Ley.

Por su parte, el Ministerio de Justicia puede autorizar cambio de nombre y apellidos previo expediente instruido en forma reglamentaria cuando: 1. El apellido en la forma propuesta constituya una situación de hecho no creada por el interesado; 2. El apellidos o apellidos que se tratan de unir o modificar pertenezcan legítimamente al peticionario. Aclara PARRA LUCÁN (2016, 69) que son cualquiera de los apellidos de sus descendientes consanguíneos, sin límites temporales[93]; 3. Provengan de la línea correspondiente al apellido que se trata de alterar (art. 57 LRC y art. 205 RRC)[94].

Ahora bien, cuando se den circunstancias excepcionales y a pesar de faltar los requisitos que señala el artículo 57 de la LRC y artículo 205 RRC, podrá accederse al cambio por Real Decreto, a propuesta del Ministerio de Justicia, con audiencia del Consejo de Estado (art. 58.2 LRC y art. 208.2 RRC). En caso de que el solicitante de la autorización de cambio de sus apellidos sea objeto de violencia de género y en cualquier otro supuesto en que la urgencia de la situación así lo requiera, podrá accederse al cambio por Orden del Ministerio de Justicia, en los términos fijados en el Reglamento (art. 58.2 *in fine* de la LRC). En todos estos casos, la oposición puede fundarse en cualquier motivo razonable (art. 58.3 de la LRC).

De todas formas, el cambio de apellidos alcanza a los sujetos a patria potestad —que habrán de consentir a partir de los dieciséis años (art. 162 del Código Civil y arts. 2.2 y 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero)— y también a los descendientes que expresamente lo consientan (art. 61 de la LRC y arts. 294 y 217 del RRC). Tal consentimiento puede manifestarse en el propio expediente o dentro de los dos meses siguientes a la inscripción del cambio[95]. Asimismo, la autorización del cambio de nombre o apellidos no surtirá efectos mientras no se inscriban al margen de la correspondiente inscripción de nacimiento (art. 62 LRC) —asiento de inscripción marginal a la inscripción de nacimiento.

Por otra parte, en caso de determinación tardía de la filiación —reconocimiento tardío— conlleva la automática modificación de los apellidos inicialmente atribuidos, aunque estos se vengan utilizando habitualmente, pasando a ser sustituidos por los correspondientes al nuevo estado de filiación (arts. 196.2 y 197 del RRC). Sin embargo, se ha mantenido una tendencia a conservar los apellidos que de hecho se venían usando, principalmente con el objeto de evitar perjuicios al interesado. Precisamente, la vía procedente para tal conservación la disponen los artículo 59.3 de la LRC y 209.3 del RRC, permitiendo al hijo y sus descendientes conservar los apellidos que hubiera venido usando antes del reconocimiento, mediante expediente de conservación de apellidos ante el Juez de Primera Instancia, Encargado del Registro, «siempre que inste el procedimiento dentro de los dos meses siguientes a la inscripción de la filiación, o en su caso, a la mayoría de edad».

En los supuestos de ejercicio con éxito de acciones de reclamación o impugnación de la paternidad, puesto que, la filiación determina los apellidos, igualmente, se modifican estos por los correspondientes al nuevo estado y la pérdida automática de los que hasta ahora venía ostentando (art. 196.1 RRC).

Sin embargo, se han mantenido criterios contradictorios en la jurisprudencia respecto de estos casos. Si bien, recientemente en supuestos de determinación del orden de apellidos de un menor, existiendo desacuerdo de los progenitores, en los casos de paternidad reconocida en procedimiento de reclamación de paternidad no matrimonial —determinación tardía de la filiación—, se ha consolidado en la Sala Primera del Tribunal Supremo una tendencia doctrinal dirigida a mantener el orden de los apellidos tal como se concretó en la inscripción de nacimiento, obviando la aplicabilidad del artículo 194 RRC y, en consecuencia, la automaticidad de imponer el primer apellido el del padre y el segundo el primero de la madre, evitando con ello alterar la inscripción inicial de los apellidos y la forma cómo hasta entonces se ha individualizado al menor en los diferentes ámbitos de su desarrollo vital. Precisamente el último pronunciamiento en esta línea, ha sido la Sentencia del Pleno de la Sala Primera de 10 de noviembre de 2016[96] que ha estimado el recurso de casación interpuesto por la madre demandada, fundado sustancialmente en el principio de interés superior de los menores y

concluye que, en el supuesto examinado, procede el mantenimiento del primer apellido materno con el que fue inscrito el menor al tiempo de su nacimiento, pese a la declaración de la filiación paterna sobrevenida; por lo que no procede la alteración de los apellidos con la determinación del primer apellido paterno. Al respecto, considera la Sala con cita de Sentencias anteriores que, «aunque la aplicación estricta de las normas vigentes al tiempo de dictarse la Sentencia recurrida determinen que, en defecto de acuerdo entre los progenitores, el primer apellido de un español es el primero del padre y el segundo el de la madre, la respuesta; sin embargo, no puede ser de interpretación literal de la norma cuando está en cuestión el interés superior del menor. De ahí que, esta Sala, cuando ha tenido que acudir a negar o posibilitar la interpretación correctora de una norma que afectaba a alguna medida en la que se encontraba interesado un menor, se ha cuidado de tener en cuenta el interés superior de este (SSTS de 29 de marzo de 2011; 1 de abril de 2011 *[RJ* 2011, 3139]; 10 de octubre de 1011 *[RJ* 2011, 6839]; 5 de noviembre de 2012 *[RJ* 2012, 10135]). Así se hacía ver en la Sentencia 582/2014, de 27 de octubre *(RJ* 2014, 5183), con cita de la normativa que se ha ido promulgando, tanto estatal como internacional y autonómica, subrayando que el interés superior del menor late como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte».

Asimismo, añade que «el mayor exponente ha sido la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que ha sufrido una modificación por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infracción y a la adolescencia, pues, como afirma su Preámbulo, "[…] transcurridos casi veinte años desde la aprobación de la citada norma, se han producido importantes cambios sociales que inciden en la situación de los menores y que demandan una mejora de sus instrumentos de protección jurídica en aras del cumplimiento efectivo del citado artículo 39 de la Constitución". (iii) Resulta de sumo interés la Ley del Registro Civil 20/2011, de 21 de julio, en cuya exposición de motivos se afirma que "en relación con los aspectos sustantivos de la Ley, merece una mención especial el artículo VI, relativo a hechos y actos inscribibles […]" "El nombre y apellidos se configura como un elemento de identidad del nacido derivado del derecho de la personalidad y como tal se incorpora a la inscripción de nacimiento. Con el fin de avanzar en la igualdad de género se prescinde de la histórica prevalencia del apellido paterno frente al materno permitiendo que ambos progenitores sean los que decidan el orden de los apellidos". Ahora bien, se ha insistido en esa doctrina, con mayor sustento, en las Sentencias 621/2015, de 27 de octubre *(RJ* 2015, 5602), 15/2016, de 28 de octubre *(RJ* 2016, 212), tras haber entrado en vigor el artículo 49 de la Ley de Registro Civil 20/2011 de 21 de julio, latiendo en todas ellas como *ratio decidendi* de la cuestión el interés superior del menor que «no aparece definido, precisándose su configuración, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su efectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales».

En este contexto, «lo relevante no es, pues, el deseo del padre desde que tuvo lugar el nacimiento del menor, por noble que fuese, sino cual será el interés protegible de ese menor al día de hoy respecto al cambio del orden de los apellidos

con el que consta inscrito en el Registro Civil, y con el que viene identificado, desde entonces, en la vida familiar, social o escolar».

Además, la Sala puntualiza que, «la aplicación de esa doctrina a los supuestos enjuiciados, con cita de la STC, Sala Segunda, 167/2013 de 7 de octubre, ha podido inducir a pensar que el interés del menor solo justifica que no se acceda al cambio de apellidos cuando la reclamación de paternidad sea tardía; sin embargo, con ser ello un elemento relevante a considerar, no puede ser tenido como único y esencial, pues, a juicio de la Sala, se ha de partir de que el menor se inscribió con una sola filiación reconocida, teniendo como primer apellido el que entonces se determinó, así como que «es patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona». Por todo ello, habiéndose inscrito con el primer apellido de la madre, por ser la única filiación reconocida en ese momento, no se ha acreditado ninguna circunstancia que, siempre bajo el interés superior del menor, aconseje el cambio del apellido con el que aparece identificado desde la inscripción de su nacimiento. De forma que, la cuestión que debe resolverse en estos supuestos «no es tanto si existe perjuicio para el menor por el cambio de apellidos como si, partiendo del que tiene como primero, le sería beneficioso el cambio, de forma que el primero fuese el paterno y el segundo el materno. Si no consta ese beneficio, no existe, pues, razón para alterar el primer apellido con el que viene identificado el menor».

Sobre tales bases, la cuestión planteada en estos casos se centra no tanto en la discriminación de la madre respecto del padre en la fijación del orden de los apellidos en caso de no existir acuerdo, tal como se consolida en la regulación actual (art. 194 RRC) —si bien representa un modelo de preferencia de la filiación paterna en el orden de los apellidos hoy superado por nuestra realidad social y jurídica—[97], sino en el interés superior del menor como criterio objetivo que, ha de presidir la determinación de su identidad personal. Lo cierto es que, para dotar de contenido, precisamente al concepto de interés superior del menor, se modifica por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero. Este concepto, tras la nueva regulación, se define en la Exposición de Motivos de la citada Ley Orgánica 8/2015 desde un contenido triple. Por una parte, se considera un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por una interpretación que mejor responda al interés del menor. En último lugar, este principio es una norma de procedimiento. De todas formas, sin perjuicio de estas tres dimensiones, hay que señalar que, el interés del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral. Sobre tales bases, todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta y se ponderaran una serie de criterios y, de valores universalmente conocidos y aceptados por el legislador en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso y que deberán explicitarse en la motivación de cada decisión que se adopte, a fin de concretar si ha sido o no correcta y adecuada la aplicación de tal principio de interés superior del menor[98].

Por otra parte, el artículo 3.1 del Código Civil que, se refiere a los diferentes criterios interpretativos de las normas jurídicas, determina no solo que, los poderes públicos tienen la obligación de asegurar la protección social y económica de la familia; sino también que, las normas habrán de interpretarse en relación con todo el ordenamiento en el que se insertan y, conforme a la realidad del tiempo en que ha de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas. Por lo que, en este contexto, la aplicación del interés superior del menor para resolver el orden de los apellidos es uno de los criterios de la actual realidad social de la familia que, conforme a la nueva regulación del Registro Civil tendrá en cuenta el Encargado del Registro Civil ante la ausencia de acuerdo entre los progenitores o silencio de los mismos. Aunque la Ley 20/2011 no entrará en vigor hasta el 30 de junio de 2017 —salvo nueva prórroga de su vigencia—, en la Sentencia reseñada y en otras anteriores, se procede en los casos de determinación de la filiación tras una reclamación de la paternidad y a la hora de concretar la fijación del orden de los apellidos, si no hay acuerdo entre los progenitores, a una interpretación correctora de la vigente Ley de Registro de 1957 —artículos 55 LRC y 194 RRC— considerando aplicable a la actual normativa los principios que inspiran la nueva Ley, entre los que, hay que destacar la defensa del interés superior del menor que, prevalece sobre cualquier otro interés, como el del padre cuya filiación se determina después del nacimiento del hijo, por muy noble y defendible que sea. De forma que, si representa un beneficio para el menor mantener la forma como hasta ahora se individualizaba tanto en el ámbito familiar, social como escolar, así se ha de mantener, pues, precisamente el interés superior del menor es el que justifica el conservar el orden de los apellidos con el que aparece inscrito en el Registro Civil[99]. Al respecto, aclara el Tribunal Supremo que, el hecho de que la nueva Ley no esté en vigor, ello obedece a razones estructurales y organizativas, lo que no impide la exigibilidad de los principios que, informan sus novedades sustantivas. No obstante, sobre todo en la jurisprudencia menor, no faltan resoluciones que, optan, sin embargo, por la modificación automática del orden de los apellidos, atendiendo a la nueva filiación reconocida y, en consecuencia, proceden a aplicar el sistema de ordenación de los apellidos previsto en el artículo 109 del Código Civil y artículo 194 de la LRC[100].

En este contexto, corresponderá al Encargado del Registro determinar en cada caso el orden de los apellidos, sobre la base que, la normativa relativa al interés del menor tiene características del orden público, y que debe ser observada por todos los operadores jurídicos en todas las decisiones que, se tomen en relación con los menores[101].

Ahora bien, además del interés del menor y la integración en el ámbito social y escolar con una determinada identidad, se ha argumentado por el Tribunal Supremo, además, que el no conservar el orden de los apellidos actual podría vulnerar el derecho a la propia imagen del menor —sobre la base de lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Constitucional 167/2013, de 7 de octubre—[102], recordemos nuestra consideración como derechos autónomos el de la propia imagen y nombre, aunque conexos entre sí, igual que con el derecho al honor. En todo caso, hay que subrayar la relevancia individualizadora que para una persona representa el derecho al nombre y apellidos, y respecto de los menores, la necesidad de ponderar sobre la base del interés superior del menor, la conveniencia o no de alterar el orden de los apellidos establecido, tras una determinación posterior de la filiación paterna; y, por ende, si tal modificación puede afectar a su identidad personal en todos los ámbitos de su vida y a su propio desarrollo como persona.

Por otra parte, hay que señalar que, es posible el cambio en los apellidos mediante simple declaración de voluntad del interesado ante el Encargado del Registro, en los términos reseñados, cuando alcance la mayoría de edad y quiera alterar el orden de sus apellidos (art. 109 del Código Civil y art. 198 RRC); asimismo, cuando quiera anteponer la preposición «de» al apellido paterno que fuera usualmente sea nombre propio o empezare por tal (art. 195 RRC); cuando se solicite la adaptación ortográfica de los apellidos a la lengua española correspondiente (art. 55 último párrafo del Código Civil); y cuando pretendan acomodarse los sujetos a patria potestad y demás descendientes que lo consientan al cambio de apellidos de los padres (art. 61 de la LRC, y arts. 204 y 217 del RRC).

En cuanto a la regulación del Registro Civil por la Ley 20/2011, en lo que se refiere a la modificación o cambio de los apellidos viene a simplificar el procedimiento de cambio de los apellidos, ahora mediante expediente instituido en forma reglamentaria ante el Encargado del Registro Civil; y, asimismo, se establece de forma más clarificadora las causas por las que se puede solicitar el cambio de los apellidos y, como señala LINACERO DE LA FUENTE (2013, 467) «se suprime los supuestos de cambio previstos en la legislación anterior (así los atribuidos al Encargado del Registro Civil en los artículos 59 de la LRC y 209 del RRC) y, en los supuestos de los artículos 57 de la LRC de 1957 y artículo 205 de la LRC dejan de ser competencia atribuida al Ministerio de Justicia, pasando a corresponder ahora al Encargado del Registro»[103].

En todo caso, conforme al artículo 54.2 de la LRC son requisitos necesarios de la petición de cambio de apellidos: «a) Que el apellido en la forma propuesta constituya una situación de hecho, siendo utilizado habitualmente por el interesado[104]; b) Que el apellido o apellidos que se tratan de unir o modificar pertenezcan legítimamente al peticionario —provengan de los ascendientes del peticionario—; y c) Que los apellidos que resulten del cambio no provenga de la misma línea —con ello se suprime el principio de infungibilidad de líneas—. En todo caso, podrá formularse oposición fundada únicamente en el incumplimiento de los requisitos exigidos.

Ahora bien, como expusimos en relación con el menor acogido, el artículo 54.3 precisa que basta que concurra el requisito del uso habitual del apellido propuesto, si el apellido o apellidos solicitados correspondieran a quien tuviera acogido al menor, siempre que aquel o por haber fallecido, sus herederos, den consentimiento al cambio. De todas formas, se requiere que por sí o por sus representantes legales, asientan al cambio el cónyuge y descendientes del titular del apellido. Esto podrá tener lugar en los casos de acogimiento permanente o guarda con fines de adopción [arts. 173 bis c) y 176 bis del Código Civil]. Por otra parte, no será necesario que concurra el uso habitual del apellido propuesto, bastando que se cumplan el segundo y tercer requisito previsto en el apartado 2 del citado artículo 54 para cambiar o modificar un apellido contrario a la dignidad o que ocasione graves inconvenientes.

Además de cambio de apellidos en virtud de expediente, cabe el cambio de apellidos mediante Orden del Ministerio de Justicia, «cuando se trate de víctimas de violencia de género o de sus descendientes que vivan o hayan vivido en hogares en los que se haya producido tal situación, así como en aquellos supuestos en los que la urgencia de la situación o las circunstancias excepcionales lo requieran» (art. 55).

Asimismo, como ocurre en la legislación de Registro Civil actual, el Encargado del Registro Civil puede mediante declaración de voluntad del interesado

autorizar el cambio de apellidos en los casos que establece el artículo 53: «1. La inversión del orden de los apellidos, 2. La anteposición de la preposición «de» al primera apellido que fuera usualmente nombre propio o empezare como tal, así como las conjunciones «y» o «i» entre los apellidos[105]; 3. La acomodación de los apellidos de los hijos mayores de edad y emancipados al cambio de apellidos de los padres cuando aquellos expresamente lo consientan; 4. La regularización ortográfica de los apellidos a la lengua española correspondiente y la adecuación gráfica al español de la fonética de apellidos también extranjeros. Lo cierto es que, se concreta en un solo precepto, lo que en la actual regulación se contiene en diversos preceptos para este caso. E, igualmente, se ha de señalar que, para los supuestos de adecuación gráfica al español de la fonética de apellidos también extranjeros y, de la conservación de apellidos de una filiación rectificada con posterioridad, a diferencia de lo que ocurre en la legislación actual que se necesita para su tramitación expediente gubernativo, en la nueva Ley de Registro Civil basta la declaración ante el Encargado del Registro Civil[106]. Ahora bien, el hijo o sus descendientes que pretendieran conservar los apellidos que, vinieren usando antes de la rectificación, deben instar la conservación de los apellidos dentro de los dos meses siguientes a la inscripción de la nueva filiación, o en su caso, a la mayoría de edad (art. 53.5). Como señalamos en líneas precedentes, en los casos de reconocimiento tardío de la filiación o, en general, de rectificación de la filiación y la consolidación de la nueva filiación, los apellidos inicialmente atribuidos aunque estos se vengan utilizando habitualmente se modifican de forma automática, pasando a ser sustituidos por los correspondientes al nuevo estado de filiación (arts. 196.2 y 197 del RRC). Sin embargo, en los términos indicados, se permite conservar los apellidos que se venían usando, instando dicha solicitud de conservación en el plazo señalado.

De todas formas, el cambio de los apellidos alcanza a todas las personas sujetas a patria potestad y también a los descendientes que expresamente lo consientan. Asimismo, el cambio de nombre y apellidos habrá de inscribirse en el registro individual del interesado —ya no como inscripción marginal, pues, dichos asientos se han suprimido en la Ley 20/2011—. Dicha inscripción tiene carácter constitutivo. Y, finalmente, los cambios señalados podrán ser solicitados por el propio interesado, si es mayor de dieciséis años, sin esperar a la mayoría de edad (art. 57 LRC).

IV. BIBLIOGRAFÍA

BARBER CÁRCAMO, R. (2016). Comentario al artículo 109 del Código Civil. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado, vol. I*, 2.ª ed., Navarra. Civitas. Thomson Reuters, 596-604.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2014). El nombre y los apellidos, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil, número 9, enero*, 37-40.

CONESA SÁNCHEZ, C. (2011). Nombre propio. En: Fco. Lledó Yagüe y A. Sánchez Sánchez (dirs.), O. Monje Balmaseda (coord.), *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia, T. II Parte registral y otros temas de procedimiento*, Madrid: Dykinson, 85-96.

DE LA IGLESIA MONJE, M.ª I. (2015). El principio del interés del menor y el orden de los apellidos, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* año XCI, número 750, julio-agosto, 2213-2234.

IGLESIAS NÚÑEZ M.ª M. (2011). Atribución de apellidos. Regla general. En: Fco. Lledó Yagüe y A. Sánchez Sánchez (dirs.), O. Monje Balmaseda (coord.), *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia, T. II Parte registral y otros temas de procedimiento*, Madrid: Dykinson, 97-112.
LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al*. (2010). *Elementos de Derecho Civil, T. I Parte General, vol. II Personas,* sexta edición revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echevarría, Madrid: Dykinson.
LASARTE ÁLVAREZ, C. (2016). *Principios de Derecho Civil, T. I Parte General y Derecho de la Persona*, vigesimosegunda edición, Madrid: Marcial Pons.
LINACERO DE LA FUENTE, M. (1992). *El nombre y los apellidos*, Madrid: Tecnos.
— (2002). *Derecho del Registro Civil*, Barcelona: Cálamo.
— (2013). *Derecho Civil I*, Valencia: Tirant lo Blanch.
— (2013). *Tratado del Registro Civil (Adaptado a la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil)*, Valencia: Tirant lo Blanch.
MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. Los derechos de la personalidad. En: P. De Pablo Contreras (coord.), *Curso de Derecho Civil, T. I, vol. II Derecho de la persona*, reimpresión de la 5.ª ed., Madrid: Edisofer, 263-299.
ORDÁS ALONSO, M. (2014). Imposición al menor del apellido paterno: igualdad, derecho a la propia imagen, interés del menor, *Derecho Privado y Constitución,* número 28, enero-diciembre, 47-92.
PARRA LUCÁN, M. Á. (2016). Nombre y domicilio. En: P. De Pablo Contreras (coord.), *Curso de Derecho Civil, T. I, vol. II Derecho de la persona*, reimpresión de la 5.ª ed., Madrid: Edisofer, 61-70.
ROMERO COLOMA, A. M.ª. (2013). El derecho al nombre y los apellidos como derecho fundamental de la persona, *Revista Jurídica del Notariado,* número 85, enero-marzo, 97-110.
SERRANO FERNÁNDEZ M. (2001). Régimen jurídico del nombre y los apellidos en el derecho español, *Revista de Derecho Privado,* septiembre, 687-733.
VERDERA SERVER, R. (2013). Comentario al artículo 109 del Código Civil. En: R. Bercovtiz Rodríguez Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, T. I*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1131-1142.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC, Sala Segunda, 7 de octubre de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, 17 de febrero de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 11 de noviembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 12 de noviembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 1 de febrero de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 10 de noviembre de 2016.
- RDGRN de 19 de diciembre de 1988.
- RDGRN de 1 de abril de 1989.
- RDGRN de 5 de marzo de 1990.
- RDGRN de 15 de marzo de 1991.
- RDGRN de 25 de mayo de 1992.
- RDGRN de 9 de abril de 1994.
- RDGRN de 7 de enero de 1995.
- RDGRN de 8 de septiembre de 2001.
- RDGRN número 1, de 19 de octubre de 2002.
- RDGRN número 1, de 18 de diciembre de 2002.

- RDGRN número 1, de 15 de octubre de 2003.
- RDGRN número 2, de 22 de mayo de 2006.
- RDGRN número 1, de 17 de julio de 2007.
- RDGRN número 2, de 27 de noviembre de 2013.
- RDGRN número 48, de 30 de enero de 2014.
- RDGRN número 47, de 20 de febrero de 2015.
- RDGRN número 20, de 20 de noviembre de 2015.
- RDGRN número 1, de 22 de agosto de 2016.
- SAP Vizcaya, secc. 4.ª, de 26 de septiembre de 2008.
- SAP Barcelona, secc. 12.ª, de 21 de diciembre de 2009.
- SAP Zaragoza, secc. 2.ª, de 29 de mayo de 2012.
- SAP Vizcaya, secc. 5.ª, de 6 de febrero de 2013.

NOTAS

[1] MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). Los derechos de la personalidad. En: P. De Pablo Contreras (coord.), *Curso de Derecho Civil, T. I, vol. II Derecho de la persona*, reimpresión de la 5.ª ed., Madrid: Edisofer, p. 264.

[2] LÓPEZ JACOISTE, J. J. (1986). Una aproximación dogmática a los derechos de la personalidad, *Anuario de Derecho Civil, T. XXXIV, Fasc. IV, octubre-diciembre*, p. 1077.

[3] DE CASTRO Y BRAVO, F. (1959). Los llamados derechos de la personalidad, *Anuario de Derecho Civil, T. XII, Fasc, IV,* octubre-diciembre, pp. 1262-1263.

[4] LASARTE ÁLVAREZ, C. (2016). *Principios de Derecho Civil*, T. I Parte General y Derecho de la persona, 22.ª ed., Madrid: Marcial Pons, p. 166; VERDERA SERVER R. (2013). Comentario al artículo 109 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, T. I*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 1134.

[5] PARRA LUCÁN, M. Á. (2016). Nombre y domicilio. En: Pedro De Pablo Contreras (coord.), *Curso de Derecho Civil T. I, vol. II Derecho de la persona*, reimpresión de la 5.ª ed., Madrid: Edisofer, p.62. Asimismo, la Resolución de la DGRN de 15 de abril de 2000 considera que «el derecho al nombre forma parte integrante sin duda alguna de los derechos de la personalidad».

[6] LINACERO DE LA FUENTE, M. (2013). *Derecho Civil I*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 439.

[7] PARRA LUCÁN, M. Á. (2016). Nombre y domicilio, *op. cit.,* p. 61.

[8] LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, T. I Parte general, vol. II Personas, 6.ª ed., revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echevarría, Madrid: Dykinson, p. 80.

[9] ROMERO COLOMA, A. M.ª. (2013). El derecho al nombre y los apellidos como derecho fundamental de la persona, *Revista Jurídica del Notariado, núm. 85, enero-marzo*, p. 99. Por su parte, ORDÁS ALONSO, M. (2014). Imposición al menor del apellido paterno: igualdad, derecho a la propia imagen, interés del menor, *Derecho Privado y Constitución,* número 28, año 22, p. 48 define el nombre como «aquella expresión lingüística que permite la identificación e individualización de las personas, cuya imposición constituye una exigencia ineludible para el desarrollo de la personalidad en la esfera social y es tutelado por el Derecho, en cuanto forma de vida humana social».

[10] PARRA LUCÁN, M. Á. (2016). «Nombre y domicilio», *op. cit.,* p. 61; ROGEL VIDE, C. (2008). El nombre como bien de la personalidad y los títulos nobiliarios, *Estudios del Derecho Civil. Persona y Familia,* Reus, Madrid, p. 75.

[11] LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 81; ROMERO COLOMA, A. M.ª (2013). El derecho al nombre y los apellidos como derecho fundamental de la persona, *op. cit.,* p. 100.

[12] LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al.* (2010). Elementos de Derecho Civil, *op. cit.,* p. 81; BARBER CÁRCAMO, R. (2016). Comentario al artículo 109 del Código Civil. En: A. Ca-

ñizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), P. De Pablo Contreras (coord.), *Código Civil comentado, vol. I*, Navarra: Civitas, Thomson Reuters, p. 597; ORDÁS ALONSO, M. (2014). Imposición al menor del apellido paterno: igualdad, derecho a la propia imagen, interés del menor, *op. cit.,* p. 50; ROMERO COLOMA, A. M.ª. (2013). El derecho al nombre y los apellidos como derecho fundamental de la persona, *op. cit.,* p. 100; VERDERA SERVER, R. (2013). Comentario al artículo 109 del Código Civil, *op. cit.,* p. 1132.

[13] En esta línea, ORDÁS ALONSO, M. (2014). Imposición al menor del apellido paterno: igualdad, derecho a la propia imagen, interés del menor, *op. cit.,* p. 49; GARCÍA GARNICA, M.ª C. (2004). *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado*, Pamplona: Aranzadi, p. 77; ROGEL VIDE, C. (2008). El nombre como bien de la personalidad y los títulos nobiliarios, *op. cit.*, p. 74; LINACERO DE LA FUENTE, M. (2013). *Tratado del Registro Civil (Adaptado a la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil),* Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 219 y 223. Asimismo, el apartado V del Preámbulo de la Ley 20/2011, de 21 de julio de Registro Civil señala que «el nombre y apellidos se configura como un elemento de identidad del nacido derivado del derecho de la personalidad y como tal se incorpora a la inscripción del nacimiento». *Vid.,* las Resoluciones de la DGRN, número 2, 22 de mayo de 2006 *(JUR* 2007, 112100); y, número 6, 30 de mayo de 2006 *(RJ* 2007, 3394) consideran el nombre y apellidos como un derecho subjetivo vinculado a toda persona y, en consecuencia, un derecho de la personalidad. Por su parte, la Resolución de la DGRN 7 de enero de 1995 *(RJ* 1995, 1451) señala que, la atribución de apellidos es una cuestión de orden público sustraído al juego de la autonomía de la voluntad.

[14] Según las previsiones iniciales de la Ley 20/2011, de 21 de julio la entrada en vigor habría tenido lugar el 23 de julio de 2014. Esta fecha se pospuso conforme a lo dispuesto por la Ley 18/2014, de 15 de octubre, al día de 15 de julio de 2015, siendo modificada finalmente la disposición final décima de la Ley 20/2011 —entrada en vigor— por el artículo 2.10 de la Ley 19/2015, de 13 de julio de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y el Registro Civil al 30 de junio de 2017, excepto las disposiciones adicionales séptima y octava y las disposiciones finales tercera y sexta que, entrarán en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE.

[15] PARRA LUCÁN, M. Á. (2016). Nombre y domicilio, *op. cit.,* pp. 62-63.

[16] LINACERO DE LA FUENTE, M. (2013). Derecho Civil I, *op. cit.,* pp. 440-441; de la misma autora (2013). Tratado del Registro Civil (Adaptado a la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil), *op. cit.,* pp. 221-222.

[17] PARRA LUCÁN, M. Á. (2016). Nombre y domicilio, *op. cit.,* p. 62.

[18] LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al.* (2010). Elementos de Derecho Civil, *op. cit.,* p. 80.

[19] SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2001). «Régimen jurídico del nombre y los apellidos en el derecho español», *Revista de Derecho Privado,* septiembre, p. 697. Si bien, aunque comparte plenamente estas palabras ORDÁS ALONSO, M. (2014). Imposición al menor del apellido paterno: igualdad, derecho a la propia imagen, interés del menor, *op. cit.,* pp. 51-53, precisa, no obstante que «hay que tener en cuenta que la dignidad de la persona humana y el libre desarrollo de la personalidad, fundamentos del orden político y de la paz social se recogen en el artículo 10.1 CE, precepto que constituye la cabecera del Título I, pero no forma parte de ninguno de los capítulos que lo integran». Lo que le lleva a concluir, en términos que nos parecen totalmente coherentes, pues, así lo hemos manifestado en líneas precedentes, que «el derecho al nombre como derecho autónomo tiene su reflejo constitucional en la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), pero no se encuentra expresamente mencionado en los artículo 14 a 29 del texto constitucional, lo que determina que se sitúe al margen de la protección otorgada por el recurso de amparo».

[20] TJCE 2003/314. Asunto C-148/02 (Carlos García Avello).

[21] En relación con el principio de libertad de los padres para escoger para sus hijos los nombres que estimen más convenientes *vid.,* las Resoluciones de la DGRN de 28 de enero de 1991 *(RJ* 1991, 1650) Sarah; de 25 de mayo de 1994 *(RJ* 1994, 5892) Opal como nombre de mujer.

[22] *Vid.,* las Resoluciones de la DGRN 25 de mayo de 1992 *(RJ* 1992, 5258); y 8 de septiembre de 2001 *(RJ* 2002, 1732) que, consideran que el derecho a imponer un nombre

propio a los hijos, es una de las facultades que integran la patria potestad y que como tal debe ejercitarse conjuntamente.

[23] LINACERO DE LA FUENTE, M. (2002). *Derecho del Registro Civil, op. cit.,* p. 139 señala en relación con los guardadores que, se incluyen como posibles hipótesis: «tutores, guardadores de hecho, e incluso la entidad pública que haya asumido la tutela del recién nacido». Sin embargo, para VERDERA SERVER, R. (2013). «Comentario al artículo 109 del Código Civil», *op. cit.,* p. 1139 la facultad de alterar los apellidos corresponde a los progenitores y no a los tutores del nacido.

[24] *Vid.,* asimismo, la Resolución de la DGRN 17 de mayo de 2008 *(JUR* 2009, 389884) quien señala que, puede resolver el Juez, conforme a lo previsto en el párrafo segundo del artículo 156 del Código Civil.

[25] ROMERO COLOMA, A. M.ª (2013). El derecho al nombre y los apellidos como derecho fundamental de la persona, *op. cit.,* p. 106.

[26] LINACERO DE LA FUENTE, M. (1992). *El nombre y los apellidos*, Madrid: Tecnos, p. 30; de la misma autora (2002). *Derecho del Registro Civil*, Barcelona: Cálamo, p. 140; de la misma autora (2013). *Tratado del Registro Civil (Adaptado a la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil), op. cit.,* pp. 218 y 227, asimismo, señala que «en cualquier caso, la interpretación literal de la norma (art. 156.5 del Código Civil) conduce a que el progenitor no conviviente sea excluido del ejercicio de la patria potestad y, por tanto, de la elección del nombre propio»; y, asimismo, de la misma autora (2012). El estado civil y el principio de igualdad en el orden de transmisión de los apellidos en la nueva Ley de Registro Civil, *La Ley, año XXXIII,* número 7885, 21 de junio, p. 13.

[27] BARBER CÁRCAMO, R. (2016). Comentario al artículo 109 del Código Civil, *op. cit.*, p. 599; VERDERA SERVER, R. (2013). Comentario al artículo 109 del Código Civil, *op. cit.,* p. 1139 quien, igualmente, considera discutible la aplicación de la decisión judicial del artículo 156, en la medida que existe criterio normativo aplicable en defecto de pacto entre los padres.

[28] Así no procede María-Amaya-Olga cambio por Amaya-Olga —Resolución de la DGRN 21 abril 1988 *(RJ* 1988, 3362)—; Laertas-José de Lupertino —Resolución de la DGRN de 11 de junio de 1991 *(RJ* 1991, 5682)—; María Carmen Violeta —Resolución de la DGRN de 16 de enero de 1995 *(RJ* 1995, 1458)—; María del Carmen Rebeca —Resolución de la DGRN de 9 de abril de 1994 *(RJ* 1994, 4036)—; María José-Cristina —Resolución de la DGRN, número 1, de 15 de octubre de 2003 *(RJ* 2003, 8674)—. Asimismo, se prohíbe los nombres de incorrecta grafía, así Josemaria, pues, la unión de dos nombres propios independientes debe escribirse con mayúscula y separados por un guion José-María —Resolución de la DGRN, número 1, de 18 de diciembre de 2002 *(RJ* 2003, 2636)—.

[29] PARRA LUCÁN, M. Á. (2016). Nombre y domicilio, *op. cit.,* p. 64.

[30] LINACERO DE LA FUENTE, M. (2013). Derecho Civil I, *op. cit.,* p. 444; de la misma autora (2002). Derecho del Registro Civil, *op. cit.,* p. 141.

[31] La Resolución de la DGRN, número 1, de 9 de julio de 2002 *(RJ* 2002, 9141) prohíbe tres nombres simples Emilio-Josémaría.

[32] LINACERO DE LA FUENTE, M. (2013). Derecho Civil I, *op. cit.,* p. 444; de la misma autora (2013). Tratado del Registro Civil (Adaptado a la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil), *op. cit.,* p. 230; CONESA SÁNCHEZ, C. (2011). «Nombre propio». En: Fco. Lledó Yagüe, A. Sánchez Sánchez (dirs.), O. Monje Balmaseda (coord.), *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia, T. II Parte Registral y otros temas del procedimiento*, Madrid: Dykinson, p. 88.

[33] *RJ* 2001, 231667.

[34] Se rechazan por perjudicar o ser impropios para designar personas: Caín por ser un vocablo asociado a la maldad —Resolución de la DGRN de 1 de diciembre de 1990 *(RJ* 1990, 10432)—; Tía por ser un vocablo inapropiado para designar mujer —Resolución de la DGRN de 17 de enero de 1994 *(RJ* 1994, 514)—; Pilé vocablo objetivamente perjudicial. Desconocido como antropónimo sin significación propia en el idioma español. Participio francés que significa «machacado» o «triturado» —Resolución de la DGRN de 14 de marzo de 1995 *(RJ* 1995, 3500)—; Cheyenne —Resolución de la DGRN de 14 de octubre de 1995 *(RJ* 1995, 9988)—; Cheroki —Resolución de la DGRN de 2 de octubre de 1996 *(RJ* 1997,

1401)—; Luba, vocablo que coincide fonéticamente en el idioma gallego con la palabra «guante» —Resolución de la DGRN, número 7, 12 de septiembre de 2001 *(RJ* 2001, 10197)—.

[35] CONESA SÁNCHEZ, C. (2011). Nombre propio, *op. cit.*, p. 90 señala que, «con la llegada de la democracia carecía de sentido esta prohibición. No obstante, aquellos nombres que se asocien a terroristas o delincuentes no podrá ser admitidos por atentar contra la dignidad de la persona». Por su parte, LINACERO DE LA FUENTE, M. (2002). Derecho del Registro Civil, *op. cit.*, p. 143 precisa que «lo cierto es que vocablos tales como «Democracia», «Autonomía», «Soberanía» y otros vocablos consagrados en la Norma fundamental, no parecen demasiado aptos para designar a un ser humano».

[36] Se admiten como nombres de fantasía: Az —Resolución de la DGRN de 9 de diciembre de 1989 *(RJ* 1989, 9852)—; Mariza —Resolución de la DGRN de 28 de junio de 1991 *(RJ* 1991, 5821)—; Azahara —Resolución de la DGRN de 18 de junio de 1990 *(RJ* 1990, 6664)—; Leni —Resolución de la DGRN de 22 de enero de 1992 *(RJ* 1992, 790)—; Selina —Resolución de la DGRN de 30 de septiembre de 1992 *(RJ* 1992, 7305)—; Anayansi —Resolución de la DGRN de 29 de diciembre de 1992 *(RJ* 1992, 10624)—; Mitzi —Resolución de la DGRN de 10 de junio de 1993 *(RJ* 1993, 6897)—; Silve —Resolución de la DGRN de 6 de agosto de 1993 *(RJ* 199376897)—; Danitxa —Resolución de la DGRN de 10 de septiembre de 1993 *(RJ* 1993, 6867)—; Azul —Resolución de la DGRN de 17 de septiembre de 1993 *(RJ* 1993, 10027)—; Brisa —Resolución de la DGRN de 25 de abril de 1994 *(RJ* 1994, 4159)—; Ainelle —Resolución de la DGRN de 25 de abril de 1994 *(RJ* 1994, 4158)—; Lukman —Resolución de la DGRN de 8 de septiembre de 1994 *(RJ* 1994, 7652)—; Eimi —Resolución de la DGRN de 13 de septiembre de 1994 *(RJ* 1994, 8546)—; Hylenne —Resolución de la DGRN de 17 de septiembre de 1994 *(RJ* 1994, 9129); Jebi —Resolución de la DGRN de 19 de diciembre de 1994 *(RJ* 1995, 1536)—; Ton —Resolución de la DGRN de 2 de enero de 1996 *(RJ* 1996, 2282)—; Vivascon —Resolución de la DGRN de 16 de enero de 1992—; Chispa —Resolución de la DGRN de 11 de mayo de 1995 *(RJ* 1995, 4422)—; Maika nombre de fantasía con sustantividad propia —Resolución de la DGRN de 25 de noviembre de 1996 *(RJ* 1997, 6913)—; Tica, nombre de fantasía apropiado para mujer. No es hipocorístico de «María Vicenta» —Resolución de la DGRN de 11 de marzo de 2000 *(RJ* 2000, 4180)—; Isi —Resolución de la DGRN, número 4, de 16 de mayo de 2001 *(RJ* 2002, 1745)—; Odei vocablo de fantasía que no designa el signo opuesto femenino —Resolución de la DGRN, número 2, de 10 de julio de 2001 *(RJ* 2001, 8398)—; Mayla María vocablo de fantasía apropiado para designar mujer —Resolución de la DGRN, número 2, de 4 de septiembre de 2001 *(RJ* 2001, 8432)—; Leo, admisible tanto como nombre propio masculino o como nombre de fantasía en tanto traducción latina de «León» —Resolución de la DGRN, número 2, de 6 de noviembre de 2001 *(RJ* 2002, 3082)—; Mia, vocablo de fantasía idóneo por su eufonía y terminación para designar mujer — Resolución de la DGRN, número 1, de 12 de febrero de 2003 *(RJ* 2003, 4027)—; Arwen, antropónimo de fantasía apto por su carácter ambiguo para designar a hombre o mujer —Resolución de la DGRN, número 3, de 16 de junio de 2005 *(RJ* 2005, 7538)—; Mita, nombre de fantasía apto por su eufonía y terminación para designar mujer. No consta sea hipocorístico de «María-Lourdes» —Resolución de la DGRN, número 2, de 1 de abril de 2003 *(RJ* 2003, 4340)—; Mai-Oan, vocablo de fantasía que no induce al error en cuanto al sexo. Opuesto al femenino —Resolución DGRN, número 2, de 29 de mayo de 2003 *(RJ* 2003, 6170)—; Illart nombre de fantasía que no designa el sexo opuesto femenino —Resolución de la DGRN, número 2, de 26 de junio de 2003 *(JUR* 2003, 221040)—; Luna, nombre de fantasía apropiado para designar mujer —Resolución de la DGRN, número 5, de 7 de julio de 2003 *(RJ* 200376533)—; Sasha —Resolución de la DGRN, número 3, de 28 de septiembre de 2004 *(RJ* 2005, 661)—; Jemí —Resolución de la DGRN, número 1, de 20 de enero de 2005 *(RJ* 2005, 102200)—; Omen, vocablo de fantasía apropiado por su terminación y eufonía para designar varón —Resolución de la DGRN, número 3, de 13 de mayo de 2005 *(RJ* 2005, 7010)—; Eli —Resolución de la DGRN, número 1, de 17 de julio de 2007 *(JUR* 2009, 641)—.

[37] No hace confusa la identificación de la persona: Muaré —Resolución de la DGRN de 25 de mayo de 1995 *(RJ* 1995, 4411)—; Peña —Resolución de la DGRN, número 2, de 9 de junio de 2001 *(JUR* 2002, 5497)—. Si hacen confusa la identificación: Skylab, nombre de estación espacial que hace confusa la identificación —Resolución de la DGRN de 18 de mayo de 1994 *(RJ* 1994, 5072)—; Mandarina —Resolución de la DGRN, número 1, de 7 de

septiembre de 2001 *(RJ* 2001, 8436)—; Duke —Resolución de la DGRN, número 2, de 20 de septiembre de 2004 *(JUR* 2004, 284757)—.

[38] PARRA LUCÁN, M. Á. (2016). Nombre y domicilio, *op. cit.,* p. 64. Por su parte, LINACERO DE LA FUENTE, M. (2013). *Tratado del Registro Civil (Adaptado a la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil), op. cit.,* p. 234 señala que «dicha supresión debe interpretarse como superación de antiguas barreras confirmando la doctrina reciente de la DGRN, que rechaza nombre que designan inequívocamente el sexo opuesto, si bien admite nombres ambiguos para uno y otro sexo, en los que debe abrirse una línea aperturista».

[39] No inducen a la confusión en cuanto al sexo: Unión Cristo nombre abstracto perteneciente al sexo femenino —Resolución de la DGRN de 7 de junio de 1990 *(RJ* 1990, 6653)—; Yeelen —Resolución de la DGRN de 20 de diciembre de 1990 *(RJ* 1990, 10491)—; Indiana, no induce al error en cuanto al sexo femenino, por más que se relacione con un conocido personaje cinematográfico —Resolución de la DGRN de 23 de mayo de 1992 *(RJ* 1992, 5256)—; Aleidis, no designa el sexo masculino, apropiado para mujer por su eufonía y construcción —Resolución de la DGRN de 28 de diciembre de 1992 *(RJ* 1992, 10622)—; Taray, válido para varón designa un arbusto del género masculino —Resolución de la DGRN de 25 de enero de 1993 *(RJ* 1993, 473)—; Eben-Ezer topónimo bíblico que no puede ser tildado de extravagante ni designe claramente el sexo —Resolución de la DRGN de 30 de marzo de 1993 *(RJ* 1993, 3185)—; Antara, eufonía y terminación aptas para designar mujer Resolución de la DGRN de 26 de septiembre de 1994 *(RJ* 1994, 10605)—; Rebeca-Enero, al designar el primero de ellos el sexo —Resolución de la DGRN de 2 de diciembre de 1994 *(RJ* 1995, 1400)—; Shannon-Lee, antropónimo ingles de utilización indistinta para hombre y mujer —Resolución de la DGRN de 20 de abril de 1995 *(RJ* 1995, 4322)—; Juan del Carmen, pues, el primero identifica el sexo —Resolución de la DGRN, número 1, de 19 de octubre de 2002 *(RJ* 2003, 944)—; Neo —Resolución de la DGRN, número 3, de 7 de julio de 2003 *(RJ* 2003, 6532)—; Naira, nombre de varón, antropónimo masculino guanche —Resolución de la DGRN, número 1, de 8 de septiembre de 2001 *(RJ* 2002, 1731)—; Lluvia —Resolución de la DGRN, número 3, de 25 de mayo de 2004 *(JUR* 2004, 202405)—; Amets, nombre vasco femenino —Resolución de la DGRN, número 2, de 21 de enero de 2004 *(JUR* 2004, 138589)—; Chano, el antropónimo pretendido se considera como nombre independiente e idóneo por su terminación y eufonía para designar un varón —Resolución de la DGRN, número 3, de 14 de junio de 2004 *(JUR* 2004, 234640)—; Joy, de procedencia inglesa, usado para designar personas del sexo femenino —Resolución de la DGRN, número 2, de 17 de septiembre de 2004 *(JUR* 2004, 284759)—; Bronte —Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 10.ª, de 3 de mayo de 2006 *(JUR* 2006, 192915)—.

Si inducen confusión en cuanto al sexo: Latir —Resolución de la DGRN de 19 de agosto de 1991 *(RJ* 1991, 6305)—; Sete, vocablo acorde con la tradición religiosa israelita, no designa inequívocamente el sexo opuesto masculino —Resolución de la DGRN de 27 de septiembre de 1994 *(RJ* 1994, 10607)—; Katya, nombre inequívocamente femenino que no sirve para designar a persona del sexo masculino —Resolución de la DGRN de 28 de junio de 2001 *(RJ* 2001, 8842)—; Rio, como nombre femenino sustantivo común que por su eufonía y terminación pueda dar lugar a confusión en cuanto al sexo de la nacida —Resolución de la DGRN, número 1, de 6 de febrero de 2004 *(RJ* 2004, 2793)—; Andrea-Jessica como nombre de varón —Resolución de la DGRN, número 2, de 23 de julio de 2004 *(RJ* 2004, 6610)—.

[40] Amor, nombre en la tradición católica que identifica también a un santo masculino —Resolución DGRN de 25 de octubre de 1989 *(RJ* 1989, 8147)—; Camino, nombre que en el uso social de algunas regiones se emplea, indistintamente para hombre o mujer. Vocablos ambiguos —Resolución de la DGRN de 24 de enero de 1991 *(RJ* 1991, 1647)—; Trinidad, limitación a aquellos vocablos que designan inequívocamente al sexo opuesto del nacido. No alcanza a los que en determinadas regiones se usan indistintamente para hombre y mujer —Resolución de la DGRN de 24 de marzo de 2001 *(RJ* 2002, 5486)—; Cajel —Resolución de la DGRN, número 2, de 11 de octubre de 2001 *(RJ* 2002, 393)—; Mar, nombre de varón. Vocablo ambiguo válido para designar a personas de uno u otro sexo a la vista de su género ambiguo como nombre común —Resolución DGRN, número 2, de 31 de enero de 2005 *(RJ* 2005, 5027)—.

[41] *Vid.,* la Resolución de la DGRN, número 2, 16 de mayo de 2001 *(RJ* 2002, 1743) Crispin d'Olot, vocablo que podría confundirse con apellido; la Resolución de la DGRN de 21 de marzo de 2001 *(RJ* 2003, 6272) Olivia-Guevara, confusión Guevara con primer apellido; la Resolución de la DGRN de 28 de marzo de 2001 *(RJ* 2002, 5489) Rubens, nombre que hace confusa la identificación o designación de la persona al corresponderse con un apellido conocido de pintor holandés; la Resolución de la DGRN, numero 5, de 30 de enero de 2003 *(RJ* 2003, 4017) Pedro-Maradona, puede confundirse Maradona con un apellido; la Resolución de la DGRN, número 2, de 24 de febrero de 2003 *(JUR* 2003, 103546) confusión en la designación o identificación de las personas «Bronte». Desconocido como antropónimo y por el contrario universalmente conocido como apellido. Tres famosas hermanas novelistas del siglo XIX; la Resolución de la DGRN, número 1, de 27 de mayo de 2004 *(JUR* 2004, 2020403) no procede el cambio de nombre De Las Mercedes por «De Mer». Dificultad de identidad en cuanto puede ser confundidas con un apellido por la anteposición de la preposición «de»; la Resolución de la DGRN, número 4, de 8 de junio de 2004 *(JUR* 2004, 234652) O'Donnell, podría confundirse con un apellido; la Resolución de la DGRN, número 2, de 16 de junio de 2005 (*JUR* 2005, 270358) nombre prohibido «Tánger». Grafía más propia para designar varón. Confusión con apellidos.

[42] *Vid.,* las Resoluciones de la DGRN de 29 de diciembre 1992 *(RJ* 1992, 10624) Ana Yansi nombre de fantasía que no designa el sexo opuesto masculino; de 13 de septiembre de 1994 *(RJ* 1994, 8546) Eimi, nombre de fantasía que referido a mujer no induce al error en cuanto al sexo; de 19 diciembre 1994 *(RJ* 1995, 1536) Jebi nombre de fantasía apropiado para designar varón;

[43] LINACERO DE LA FUENTE, M. (2002). *Derecho del Registro Civil, op. cit.,* p. 147.

[44] LINACERO DE LA FUENTE, M. (2013). *Derecho Civil I, op. cit.,* p. 448; de la misma autora (2002). *Derecho del Registro Civil, op. cit.,* p. 149 a su juicio la prohibición de homonimia debería limitarse a hermanos que tengan idénticos apellidos; de la misma autora (2013). *Tratado del Registro Civil (Adaptado a la ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil), op. cit.,* p. 235. La Resolución de la DGRN, número 4, de 1 de febrero de 2001 *(RJ* 2001, 3847) entiende que, son admisibles para tres hermanos los nombres no idénticos Juan-Pedro, Juan-Manuel y Juan-Lucas; Resolución de la DGRN de 18 de noviembre de 1993 *(RJ* 1993, 10023) los padres tiene un hijo ya llamado Juan-Ignacio y pueden imponer a otro hijo nacido más tarde Juan-Pablo. La letra de la ley lo que impide es que coinciden totalmente los nombres propios de dos hermanos vivos porque si hay alguna diferencia entre uno y otro, ya no existe el peligro de confusión en la identificación de las personas que, el legislador quiere evitar. Por otra parte, esta solución más respetuosa con el derecho de los padres de escoger para sus hijos los nombres que crean más convenientes y es aún más patente en este caso a la vista de que por razones de todos conocidos en la sociedad española actual los nombres Juan-Pablo se utilizan comúnmente unidos de modo que no se confunden con el solo nombre «Juan» ni con los dos «Juan-Ignacio»; Resolución de la DGRN, número 1, de 9 de julio de 2002 *(RJ* 2002, 9141) Emilio-Josémaría, tres nombres simples; Resolución de la DGRN, número 1, de 15 de octubre de 2003 *(RJ* 2003, 8674) Maríajosé Cristina, prohibición de consignar más de dos nombre simples o de uno compuesto; Resolución de la DGRN, número 14, de 23 de diciembre de 2015 *(JUR* 2016, 215871) solicita cambio de Petra (nombre actual) por María. Sin embargo, tiene una hermana mayor que tiene ese mismo nombre. Por lo que solicita que se ponga María Rosa y se admite en cambio de nombre solicitado de forma subsidiaria con coincidencia parcial; Resolución de la DGRN, número 25, de 22 de enero de 2016 *(JUR* 2016, 217961) concesión por delegación de la Dirección General de los Registros y del Notariado del cambio de nombre ante los inconvenientes derivados de compartir su segundo nombre con su hermano menor, quien tiene atribuidos dos nombres y ostenta en primer lugar el que el recurrente quiere suprimir. Nombre actual Pablo-Adrián y quiere cambiarlo por Pablo. Su hermano de doble vínculo se llama Adrián-Carlos.

[45] PARRA LUCÁN, M. Á. (2016). Nombre y domicilio, *op. cit.,* p. 64.

[46] Marisol —Resolución de la DGRN de 15 de marzo de 1991 *(RJ* 1991, 2541)—; Nacho —Resolución de la DGRN de 10 de enero de 1996 *(RJ* 1996, 2292)—; y, número 5, 28 de febrero de 2001 *(JUR* 2001, 231634)—.

[47] Pepa —Resolución de la DGRN de 11 de diciembre de 1990 *(RJ* 1990, 10438)—.

[48] LINACERO DE LA FUENTE, M. (2002). *Derecho del Registro Civil, op. cit.,* p. 143 entiende por diminutivos o hipocorísticos del nombre propio «aquellos nombres aplicados a las personas, generalmente deformación del suyo propio, en lenguaje infantil o en familia, por eufemismo».

Vid., como nombres admitidos: Lola —Resolución de la DGRN de 19 de diciembre de 1988 *(RJ* 1988, 9944)—; Alejandrina —Resolución de la DGRN de 1 de abril de 1989 *(RJ* 1989, 3372)—; Marisol —Resolución de la DGRN de 5 de marzo de 1990 *(RJ* 1990, 2870)—; Marisa —Resolución de la DGRN de 15 de marzo de 1991 *(RJ* 1991, 2541)—; Romy —Resolución de la DGRN de 4 de mayo de 1991 *(RJ* 1991, 3997)—; Teresita — Resolución de la DGRN de 29 de abril de 1993 *(RJ* 1993, 3248)—; Carmina —Resolución de la DGRN de 27 de diciembre de 1993 *(RJ* 1994, 566)—; Ton —Resolución de la DGRN de 5 de marzo de 1994 *(RJ* 1994, 2106)—; Nina —Resolución de la DGRN de 25 de abril de 1994 *(RJ* 1994, 4157)—; Curro —Resolución de la DGRN de 27 de junio de 1994 *(RJ* 1994, 6569)—; Nuri —Resolución de la DGRN de 28 de marzo de 1995 *(RJ* 1995, 3507)—; Mirenchu —Resolución de la DGRN de 8 de abril de 1995 *(RJ* 1995, 3518)—; Jeannine —Resolución de la DGRN de 22 de septiembre de 1995 *(RJ* 1995, 7979)—; Fanny —Resolución de la DGRN de 10 de noviembre de 1995 *(RJ* 1995, 9912)—; Josefina —Resolución de la DGRN de 17 de noviembre de 1995 *(RJ* 1995, 9923)—; Mariola —Resolución de la DGRN de 5 de octubre de 1996 *(RJ* 1996, 4070); Concha —Resolución de la DGRN de 21 de abril de 2001 *(RJ* 2001, 5192)—; Bet —Resolución de la DGRN, núm. 4, de 16 de mayo de 2001 *(RJ* 2002, 1745)—; José Mari —Resolución de la DGRN, núm. 3, de 9 de septiembre de 2002 *(RJ* 2003, 132)—; Maite —Resolución de la DGRN, núm. 1, de 9 de septiembre de 2002 *(RJ* 2003, 130)—; Toni —Resolución de la DGRN, núm. 2, de 21 de noviembre de 2002 *(RJ* 2003, 1106)—; Quim —Resolución de la DGRN, núm. 2, de 26 de septiembre de 2003 *(RJ* 2003, 8218)—; Frank —Resolución de la DGRN, núm. 2, de 14 de noviembre de 2003 *(RJ* 2004, 905)—; Milena —Resolución de la DGRN, núm. 1, de 3 de septiembre de 2004 *(JUR* 2004, 284725)—.

[49] *Vid.,* las Resoluciones de la DGRN de 16 de enero de 1991 *(RJ* 1991, 1648) Thierry; de 25 de noviembre de 1991 *(RJ* 1991, 9678) Sheila; de 16 de diciembre de 1991 *(RJ* 1992, 414); Iain; de 16 de enero de 1992 *(RJ* 1992, 2399) Vivasván; de 8 de febrero de 1992 *(RJ* 1992, 2407) Karin; de 30 de octubre de 1992 *(RJ* 1992, 9464) Kevin; de 23 de marzo de 1993 *(RJ* 1993, 2972) Bettina; de 29 de abril de 1993 *(RJ* 1993, 3251) Irina; de 8 de julio de 1993 *(RJ* 1993, 6469) Sandrine; de 15 de diciembre de 1993 *(RJ* 1994, 562) Alan; de 30 de diciembre de 1993 *(RJ* 1994, 582) Jessica; de 10 de enero de 1994 *(RJ* 1994, 587) Serguei; de 20 de mayo de 1994 *(RJ* 1994, 5074) Yanet; de 11 de julio de 1994 *(RJ* 1994, 6900) Enma Lily; de 13 de julio de 1994 *(RJ* 1994, 6902) Bianca; de 17 de septiembre de 1994 *(RJ* 1994, 9130) Fara; de 28 de noviembre de 1994 *(RJ* 1995, 1478) Richard Brian; de 18 de marzo de 1996 *(RJ* 1996, 4247) Evelyn; número 1, de 17 de febrero de 2004 *(JUR* 2004, 142469) Nuada —nombre irlandés adecuado para designar una persona del sexo femenino—.

[50] LINACERO LA FUENTE, M. (1992). El nombre y apellidos, *op. cit.,* p. 70.

[51] *Vid.,* las Resoluciones de la DGRN de 30 de septiembre de 1992 *(RJ* 1992, 7306) Encarnación-Dolores por Nares; de 21 de septiembre de 1994 *(RJ* 1994, 10182) Mariam; de 4 de septiembre de 1996 *(RJ* 1997, 1850) María Trinidad por Maida; número 4, de 13 de febrero de 2006 *(JUR* 2007, 101705) Munir por Muni Juan; número 1, de 11 de junio de 2008 *(JUR* 2009, 390138) Venancio-Javier por Xavier-Venancio.

[52] *Vid.,* las Resoluciones de la DGRN de 28 de noviembre de 1988 *(RJ* 1988, 9009) Rosa por Rosina; de 16 de marzo de 1991 *(RJ* 1991, 2622) Josefa por Fina; de 1 de octubre de 1991 *(RJ* 1991, 8610) Estrella de la Mañana por Sonsiray; de 5 de octubre de 1991 *(RJ* 1991, 9649) Claudio Patricio por Inti; de 4 de abril de 1992 *(RJ* 1992, 3467) Josefa por Josefina; de 18 de septiembre de 1993 *(RJ* 1993, 6679) Yesika por Jessica; de 25 de octubre de 1993 *(RJ* 1993, 8149) Jaime por Jaime Max; de 23 de marzo de 1994 *(RJ* 1994, 3187) Eulalia por Laia; de 6 de mayo de 1994 *(RJ* 1994, 75010) Amadora por Dora; de 17 de septiembre de 1994 *(RJ* 1994, 9136) Alejandro por Alex; de 20 de abril de 1995 *(RJ* 1995, 4323) María de los Ángeles por Emma; de 22 de septiembre de 1995 *(RJ* 1995, 7984) María-Flor por Flor de la Selva; de 15 de abril de 1996 *(RJ* 1996, 4069) Josefa por Josefina; de 4 de enero de 1997 *(RJ* 1997, 9008) Johana-Isabel por Janina; número 1, de 27 de septiembre de 2001 *(RJ* 2001, 10206) cambio de María-Marcelina por Lina; número 3, de 3 de junio de 2003

(RJ 2003, 6171) Lucía por Lucía-Buster; número 4, de 5 de noviembre de 2004 *(JUR* 2005, 7067) cambio de Celestina en lugar de Melisa; número 2, de 1 de febrero de 2005 *(RJ* 2005, 5026) Zita por Rafaela-Cecilia; número 27, de 4 de diciembre de 2015 *(JUR* 2016, 215514) acreditado que utiliza el nombre «Beni» en lugares en los que se le permite; número 14, 30 de diciembre de 2015 *(JUR* 2016, 215738) no procede el cambio Ana-María por Anna Utrech por confusa identificación de la persona. Las ciudades son usualmente apellidos; de 22 enero 2016 *(JUR* 2016, 217989) María de la Vega por Vega; número 33, de 29 de enero de 2016 *(JUR* 2016, 218001) María de la Candelaria por Candela.

[53] *Vid.,* las Resoluciones de la DGRN, número 1, de 6 de febrero de 2003 *(RJ* 2003, 4019) Joan-March por Joan-Marc; número 18, de 23 de diciembre de 2015 *(JUR* 2016, 215963) Tais por Thais; número 24, de 4 de diciembre de 2015 *(JUR* 2016, 215888) Elisabet por Elizabeth; número 17, de 30 de diciembre de 2015 *(JUR* 2016, 215891) Wilfrido por Wilfrid.

[54] *Vid.,* las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 1.ª, de 7 abril 2003 *(JUR* 2003, 200183); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7, de 24 de febrero de 2004 *(JUR* 2004, 163839); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 2.ª, de 15 de mayo de 2007 *(JUR* 2007, 359509). Asimismo, la Resolución de la DGRN, número 1, de 25 de octubre de 2001 *(RJ* 2001, 2091).

[55] PARRA LUCÁN, M. Á. (2016). Nombre y domicilio, *op. cit.,* p. 62.

Aunque se traten de conceptos diferentes el honor y el prestigio profesional están mutuamente implicados hasta el punto que los ataques al prestigio profesional pueden ser considerados por su alcance y circunstancias como lesiones al derecho al honor. El prestigio profesional se comprende en el núcleo protegido del derecho al honor, *vid.,* las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de febrero de 2003 *(RJ* 2003, 21539); de 21 de julio de 2008 *(RJ* 2008, 4489); de 11 de febrero de 2009 *(RJ* 2009, 1285); de 25 de marzo de 2013 *(RJ* 2013, 3683); y, de 17 de marzo de 2016 *(RJ* 2016, 1542).

[56] RTC 1994, 117; RTC 2013, 167.

[57] En esta línea, LAMA AYMÁ, A. (2006). *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 361-362; sin embargo, a BARBER CÁRCAMO, R. (2016). Comentario al artículo 109 del Código Civil. En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), P. de Pablo Contreras (coord.), *Código Civil comentado, vol. I*, Navarra: Civitas, Thomson Reuters, pp. 597-598 sorprende el criterio sostenido por esta Sentencia del Tribunal Constitucional.

[58] ORDÁS ALONSO, M. (2014). Imposición al menor del apellido paterno: igualdad, derecho a la propia imagen, interés del menor, *op. cit.,* p. 79.

[59] TJCE 2010/412.

[60] TEDH 1994/9 serie A, número 280-B, p. 28, ap. 24.

[61] TEDH 1994/45 serie A, número 299-B, p. 60, ap. 37.

[62] LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al.* (2010). Elementos de Derecho Civil, *op. cit.,* p. 84.

Si los padres querían alterar el orden de los apellidos de sus hijos menores, debían acudir a un expediente de cambio de apellidos, siendo competencia del Ministerio de Justicia.

[63] *Vid.,* la Resolución de la DGRN, número 39, 26 de diciembre de 2014 *(JUR* 2015, 262727).

[64] Si bien, para BERCOVTIZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2014). El nombre y los apellidos, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil, enero,* número 9, p. 39 «a partir de la Ley 13/2005 y de la nueva redacción dada por la misma al artículo 53 de la Ley de Registro Civil, cabe albergar serias dudas sobre la continuada vigencia del artículo 194 del Reglamento. La voluntad del legislador del 2005 es clara. El único sentido posible de la modificación introducida por el artículo 53 es precisamente la de eliminar la preferencia que, resultaba de la redacción anterior de aquel, a favor del apellido del padre». Por lo que concluye que «cabe especular con la existencia de una posible derogación tácita del artículo 194 del Reglamento por el nuevo artículo 53 reforzada por la incompatibilidad del mismo con el artículo 14 de la Constitución». En todo caso, para el autor del escenario normativo que acaba de describir «resulta que a partir de la Ley 40/1999 y sobre todo con la Ley 13/2005, nuestro legislador ha pretendido igualar la posición de ambos progenitores en relación con la determinación de los apellidos de los hijos. En definitiva, se trataba de eliminar la desigualdad existente a favor de los padre y en contra de las madres».

[65] No obstante, el legislador quiso dotar de eficacia retroactiva a la posibilidad de esta opción prevista en la Ley 40/1999, de 5 de noviembre. Así en la Disposición Transitoria única de la misma dispuso «si en el momento de entrar en vigor esta ley los padres tuvieran hijos menores de edad de un mismo vínculo, podrán, de común acuerdo, decidir la anteposición del apellido materno para todos los hermanos». Y añade que, si los hijos tuvieren suficiente juicio, «la alteración del orden de los apellidos los menores de edad requerirán la aprobación en expediente registral, si bien deberán ser oídos conforme al artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero». Asimismo, en esta línea, la Disposición Transitoria única del Real Decreto 193/2000, de 11 de febrero señala que «si en el momento de entrar en vigor la Ley 40/1995, de 5 de noviembre, los padres tuvieran hijos menores de edad de un mismo vínculo, podrá de común acuerdo, decidir la anteposición del apellido materno para todos los hermanos. Si tales hijos menores de edad hubieran cumplido los doce años, la alteración del orden de los apellidos requerirá su audiencia y aprobación en expediente registral de competencia del Ministerio de Justicia».

Vid., asimismo, aplicando la citada regulación de a falta de acuerdo entre las partes, habrá de imponerse el primer apellido del padre como primer apellido y el primero de la madre como segundo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 7.ª, 28 de julio de 2003 *(JUR* 2004, 40923); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 4.ª, 17 de octubre de 2003 *(JUR* 2004, 12257); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, 14 de febrero de 2007 *(JUR* 2007, 239101); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 3.ª, 12 de julio de 2007 *(AC* 2007, 2207); de esta misma Audiencia Provincial, secc. 4.ª, 26 de septiembre de 2008 *(JUR* 2009, 8881); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 21 de diciembre de 2009 (*JUR* 2010, 84451); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2.ª, 29 de mayo de 2012 *(JUR* 2012, 201626); y, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 5.ª, 6 de febrero de 2013 *(JUR* 2014, 144440). Asimismo, la Resolución de la DGRN, número 20, 20 de noviembre de 2015 *(JUR* 2016, 116165).

Por su parte SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2001). Régimen jurídico del nombre y los apellidos en el derecho español, *op. cit.*, p. 718 precisa en que ante el silencio del legislador, el acuerdo o convenio al que han llegado los progenitores antes de la inscripción, exige, ante la ausencia de libertad de forma en materia de atribución de apellidos a los exige, que se formalice mediante una comparecencia conjunta ante el Encargado del Registro Civil en la que los progenitores declaren su voluntad de anteponer el apellido materno; declaración de voluntad de carácter personalísimo, no siendo posible que alguno de ellos actuase a través de representante. En defecto de comparecencia, la voluntad conforme de los progenitores deberá otorgarse en escritura pública para poder ser objeto de inscripción. De forma que «el carácter eminentemente formal de dicho negocio, excluirá la validez del mero acuerdo verbal de los progenitores».

[66] En esta línea, LINACERO DE LA FUENTE, M. (2013). Derecho Civil I, *op. cit.*, p. 454; de la misma autora (2013). Tratado del Registro Civil (Adaptado a la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil), *op. cit.*, pp. 203-204 que precisa que «la nueva regulación del orden de los apellidos consagrada en el nuevo artículo 49.2 de la LRC, deroga la histórica prevalencia del apellido paterno. (…) El legislador frente a la tradicional hegemonía del apellido paterno, adopta un criterio en el orden de apellidos, que es respetuoso con el principio de igualdad de hombres y mujeres y que pretende fomentar el acuerdo en la elección del orden de apellidos de los hijos, sin inclinar la balanza a favor de uno de los progenitores». Y añade que «la cuestión se ha resuelto por mor de una transaccional de consenso, otorgando la facultad decisoria al Encargado del Registro Civil atendiendo al interés del menor». Con anterioridad a la reforma, la citada autora había defendido la absoluta equiparación del hombre y la mujer en orden a la transmisión de los apellidos a los hijos en LINACERO DE LA FUENTE, M. (1992). El nombre y los apellidos, *op. cit.*, p. 159. *Vid.*, asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 26 de enero de 2016 *(JUR* 2016, 46396) donde se indica que es el interés del menor el que inspira el orden de los apellidos en defecto de acuerdo de los progenitores.

A tal fin, el apartado V del Preámbulo de la Ley 20/2011, de 21 de julio de Registro Civil establece que «con el fin de avanzar en la igualdad de género se prescinde de la histórica prevalencia del apellido paterno frente al materno permitiendo que ambos progenitores sean

los que decidan el orden de los apellidos. Igualmente, se sistematiza y agiliza el procedimiento de cambio de nombres y apellidos y se somete como regla general, a la competencia del Encargado del Registro Civil».

[67] LINACERO DE LA FUENTE, M. (2013). Tratado del Registro Civil (Adaptado a la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil), *op. cit.,* p. 219.

[68] LINACERO DE LA FUENTE, M. (2012). El estado civil y el principio de igualdad en el orden de transmisión de los apellidos en la nueva Ley de Registro Civil, *op. cit.,* p. 13,

[69] ORDÁS ALONSO, M. (2014). Imposición al menor del apellido paterno: igualdad, derecho a la propia imagen, interés del menor, *op. cit.,* pp. 88-89.

[70] VERDERA SERVER, R. (2013). Comentario al artículo 109 del Código Civil, *op. cit.,* pp. 1135-1137 precisa que la doble determinación puede tener carácter simultáneo o sucesivo. En caso de determinación simultánea señala que «las reglas deben tener en cuenta la imposibilidad de acudir a un criterio de preferencia temporal. En caso de determinación sucesiva, «debe establecerse una solución para el supuesto en que solo exista una determinación de la filiación y otra para el caso en que se haya producido una doble determinación». La filiación matrimonial implica, pues, la simultaneidad en la determinación de la paternidad. Si, en cambio, es filiación no matrimonial existe en tal caso determinación sucesiva de la filiación por ambas líneas. *Vid.,* asimismo, LINACERO DE LA FUENTE, M. (2013). Derecho Civil I, *op. cit.,* pp. 453-458, PARRA LUCÁN, M. Á. (2016). Nombre y domicilio, *op. cit.,* pp. 65-68.

[71] LINACERO DE LA FUENTE, M. (2013). Derecho Civil I, *op. cit.,* p. 456.

[72] LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al.* (2010). Elementos de Derecho Civil, *op. cit.,* p. 84.

[73] LINACERO DE LA FUENTE, M. (2013). Tratado del Registro Civil (Adaptado a la ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil), *op. cit.,* p. 248 señala que con ello «se trata de preservar la unicidad de apellidos de los hermanos de idéntica filiación».

[74] VERDERA SERVER, R. (2013). Comentario al artículo 109 del Código Civil, *op. cit.,* p. 1140.

[75] PARRA LUCÁN, M. Á. (2016). Nombre y domicilio, *op. cit.,* pp. 66-67; BARBER CÁRCAMO, R. (2016). Comentario al artículo 109 del Código Civil, *op. cit.,* p. 600. *Vid.,* asimismo, las Resoluciones de la DGRN de 20 de mayo de 1993 *(RJ* 1993, 5067); de 25 de noviembre de 1994 *(RJ* 1995, 1476); de 17 de octubre de 1996 *(RJ* 1997, 3519) dispone al respecto que, «una vez obtenido por comparecencia ante el Encargado del Registro la inversión de los apellidos, no es posible que por comparecencia posterior se deje sin efecto aquella inversión o se obtenga una nueva. La estabilidad del estado civil y también de los apellidos como signo de individualización de la persona, impone la conclusión de que el cambio de estos queda sustraído a la libre autonomía de la voluntad de los particulares, salvo casos excepcionales y taxativos determinados por la ley. Por estas razones hay que interpretar dicho artículo 109 como una facultad que se concede a la persona por una sola vez, de modo que no podrá desdecirse de los sucesivo por su sola voluntad de sus manifestaciones, yendo, además contra sus propios actos»; de 24 de septiembre de 2004 *(RJ* 2005, 778); y, de 22 de noviembre de 2004 *(JUR* 2005, 79657).

[76] Sin embargo, el artículo 25 para el nombre y el artículo 57.2 para los apellidos del Código Foral aragonés posibilita al menor de catorce años de solicitad la sustitución de su propio nombre por su equivalente onomástico en cualquiera de las lenguas propias de Aragón y, asimismo, solicitar sin necesidad de asistencia que se altere el orden de sus apellidos. Por su parte, el artículo 235-2.3 *in fine* del Código Civil catalán posibilita que los hijos, al alcanzar la mayoría de edad o al emanciparse, puedan alterar el orden de los apellidos.

[77] LINACERO DE LA FUENTE, M. (2013). Derecho Civil I, *op. cit.,* p. 457; de la misma autora (2013). Tratado del Registro Civil (Adaptado a la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil), *op. cit.,* p. 224.

[78] Para LINACERO DE LA FUENTE, M. (2013). Tratado del Registro Civil (Adaptado a la ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil), *op. cit.,* p. 252 «resulta cuestionable la ubicación sistemática de la materia (nombre y apellidos en supuestos de filiación desconocida) en el artículo 50 LRC 2011 relativo al derecho al nombre y no en el artículo 49 LRC 2011 (que regula la atribución de apellidos en los demás supuestos de filiación)».

[79] *Vid.,* la Resolución de la DGRN, de 16 de abril de 1994 *(RJ* 1994, 4383).

[80] BARBER CÁRCAMO, R. (2016). Comentario al artículo 109 del Código Civil, *op. cit.*, p. 603 precisa que puede tener acceso al Registro, y asimismo, todo ello opera sin perjuicio de instar un expediente de cambio de apellidos. *Vid.,* asimismo, la Resolución de la DGRN de 28 de septiembre de 1995 *(RJ* 1005, 8619) en relación a un reconocimiento paterno tras la adopción del hijo por el abuelo materno.

[81] IGLESIAS NUÑEZ, M.ª M. (2011). «Atribución de apellidos. Regla general». En: Fco. Lledó Yagüe y A. Sánchez Sánchez (dirs.), O. Monje Balmaseda (coord.), *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia, T. II Parte registral y otros temas de procedimiento*, Madrid: Dykinson, p. 105.

[82] *JUR* 2009, 389849.

[83] En esta línea, PARRA LUCÁN, M. Á. (2016). Nombre y domicilio, *op. cit.,* p. 66.

[84] Señala al respecto LINACERO DE LA FUENTE, M. (2013). Derecho Civil I, *op. cit.,* p. 458 que «la sanción que impone el legislador en tales supuestos negando la transmisión del apellido determinado por la filiación, está plenamente justificada y tiene su fundamento en el principio de interés del menor y en el comportamiento deshonroso e innoble del padre». *Vid.,* asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de León, secc. 1.ª, de 14 de marzo de 2013 *(JUR* 2013, 173445) filiación que ha sido determinada judicialmente contra manifiesta oposición del demandado. Se opta por mantener los apellidos maternos y la exclusión del padre en los derechos que por ministerio de la ley le pudieran corresponder con respecto a su hija o sus descendientes.

[85] Si bien matiza acertadamente BARBER CÁRCAMO, R. (2016). Comentario al artículo 109 del Código Civil, *op. cit.*, p. 597 ha de entenderse que ha de hacerse con carácter previo a la anotación marginal de la Sentencia de filiación que, no comportará por tanto alteración en los apellidos que ya tuviera el hijo.

[86] LINACERO DE LA FUENTE, M. (2013). Tratado del Registro Civil (Adaptado a la ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil), *op. cit.,* p. 253, la vía específica del párrafo 2.º y la vía genérica del apartado 3.º.

[87] *Vid.,* la Resolución de la DGRN, número 3, de 29 de abril de 2010 *(JUR* 2011, 212616).

[88] *Vid.,* las Resoluciones de la DGRN de 19 de febrero de 2010 *(JUR* 2011, 85885); y, de 28 de noviembre de 2011 *(JUR* 2012, 303076).

[89] *Vid.,* la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, secc. 2.ª, de 28 de octubre de 2013 *(AC* 2013, 1902); y, la Resolución de la DGRN, número 47, de 20 de febrero de 2015 *(JUR* 2015, 258167).

[90] TJCE 2008/235 Asunto C-353/06 —Caso Grunkin y Paul contra Grunkin y Paul—. Declara el Tribunal de Justica (Gran Sala) que «el artículo 18 CE se opone, en circunstancias como la del litigio principal, a que las autoridades de un Estado miembro, aplicando el Derecho nacional, denieguen el reconocimiento de un apellido de un niño como tal ha sido determinado e inscrito en otro Estado miembro en el que ese niño nació y reside desde entonces, y quien al igual que sus padres solo posee la nacionalidad del primer Estado».

[91] *Vid.,* las Resoluciones de la DGRN, número 2, de 27 de noviembre de 2013 *(JUR* 2014, 209334); número 48, de 30 de enero de 2014 *(JUR* 2014, 209353); número 47, de 20 de febrero de 2015 *(RJ* 2015, 258167).

[92] *Vid.,* las Sentencias de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 3.ª, 20 de abril de 1998 *(AC* 1998, 7944) anteposición de la partícula «de la» al primer apellido Rosa; y, de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 4.ª, 31 de marzo de 2008 *(JUR* 2008, 244883) anteposición de la partícula «de» a su apellido paterno.

[93] PARRA LUCÁN, M. Á. (2016). Nombre y domicilio, *op. cit.,* p. 69.

[94] Si bien, el artículo 205.3 del RRC —redactado conforme al Real Decreto 1977/1986, de 29 de agosto— al disponer que «los dos apellidos que resulten después del cambio no provengan de la misma línea, ciertamente deroga parcialmente el requisito de infungibilidad de líneas. *Vid.,* en este sentido, LINACERO DE LA FUENTE, M. (2013). Derecho Civil I, *op. cit.,* p. 466.

[95] BARBER CÁRCAMO, R. (2016). Comentario al artículo 109 del Código Civil, *op. cit.,* p. 603 precisa, asimismo, que este plazo es de caducidad y trascurre pese al desconocimiento por el descendiente del cambio, no habiéndose establecido por la legislación la exigencia de notificación. Por lo que, añade, que «fuera de ese plazo, el descendiente que desee seguir el

cambio, deberá instarlo a través de expediente, si cumple los requisitos para ello establecidos (arts. 57 LRC y 205 y 365 RRC)».

[96] LA LEY 2016, 160582.

[97] Se planteó en su momento la inconstitucionalidad del artículo 194 RRC, sin embargo, la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, de 15 de octubre de 2012 (RTC 2012, 176) no admitió el recurso de amparo en el que se pretendía su inconstitucionalidad, manifestando que «el recurso carece de argumentación alguna dirigida a justificar su utilidad para la interpretación, aplicación y eficacia general de la Constitución o para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales». Y añade que «en ausencia de justificación alguna relativa a este requisito, el recurrente sitúa implícitamente el cumplimiento de su carga justificativa en la argumentación con la que sostiene la lesión de los derechos fundamentales alegados, confundiendo la vulneración del derecho con la especial trascendencia constitucional del recurso o, alternativamente, el recurrente incumple de modo radical un deber que ha de ser satisfacer necesariamente». Consecuentemente el presente recurso se inadmite por incumplimiento del artículo 49.1 *in fine* LOTC.

[98] Con anterioridad a esta reforma legal, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.ª, 12 de mayo de 2011 *(RJ* 2011, 3280) en su *Fundamento de Derecho quinto* precisaba que «el interés eminente del menor consiste, en términos jurídicos, en salvaguardar los derechos fundamentales de la persona, los derechos de su propia personalidad, en el fondo, no es otra cosa que asegurarle, la protección que merece todo ciudadano como persona singular y como integrante de los grupos sociales en que se mueve y en el deber de los poderes públicos de remover todo obstáculo que se oponga al completo y armónico desarrollo de su personalidad».

[99] *Vid.,* las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 febrero de 2015 *(RJ* 2015, 924); de 11 de noviembre de 2015 *(RJ* 2015, 5606); y, de 12 de noviembre de 2015 *(RJ* 3025, 5602) en todas la filiación no matrimonial se determina por reclamación judicial de padre y ante la falta de acuerdo de los padres, atendiendo al interés superior del menor y, aunque la nueva Ley de Registro Civil no esté en vigor —se encuentra en *vacatio legis*—, se lleva a cabo una interpretación correctora de la vigente, porque en los aspectos sustantivos la vigencia constitucional de los principios que la inspiran, si se encuentran en vigor. Nacimiento con una sola filiación, por lo que se mantiene que el primer apellido sea el de la madre y el segundo el del padre que ha ejercitado tardíamente acción de reclamación de paternidad. Por su parte, igualmente, la Sentencia de este mismo Alto Tribunal, Sala de lo Civil, de 1 de febrero de 2016 *(RJ* 2016, 212) en un caso de determinación de la filiación por reclamación del padre, a falta de acuerdo de los progenitores sobre el orden de los apellidos, la Sala de lo Civil, atendiendo al interés del menor frente al deseo del padre y por noble que fuese su intención, mantiene como primer apellido el de la madre con el que viene siendo identificado en la vida familiar, social y escolar. Al respecto dispone en su *Fundamento de Derecho tercero*: «Sobre esta cuestión existe jurisprudencia de la Sala en los términos que prevé el artículo 1.6 del Código Civil. Así, la Sentencia de 17 de febrero de 2015 *(RJ* 2015, 924), citada tanto por la parte recurrida como por el Ministerio Fiscal, tras hacer una exposición sobre la interpretación de las normas jurídicas cuando está en juego el superior interés del menor, descendió a este supuesto concreto remitiendo a la Ley del Registro Civil 20/2011 de 21 julio en cuya exposición de motivos se afirma que «en relación con los aspectos sustantivos de la Ley, merece una mención especial el artículo 6, relativo a hechos y actos inscribible: «… El nombre y apellidos se configura como un elemento de identidad del nacido derivado del derecho de la personalidad y como tal se incorpora a la inscripción de nacimiento. Con el fin de avanzar en la igualdad de género se prescinde de la histórica prevalencia del apellido paterno frente al materno permitiendo que ambos progenitores sean los que decidan el orden de los apellidos». (…) Es, pues, el interés superior del menor el que inspira el legislador de esta Ley para resolver el orden de los apellidos en defecto de acuerdo de los progenitores, confiando que sea el Encargado del Registro Civil el que valore tal interés y asuma la decisión.

Evidentemente la mentada Ley no ha entrado en vigor, pero autoriza una interpretación correctora de la vigente, porque en los aspectos sustantivos la vigencia constitucional de los principios que la inspiran sí se encuentran en vigor (…). Se trata de una dilación exigida por

razones estructurales y organizativas del nuevo Registro Civil; que no por inexigibilidad de los principios que informan sus novedades sustantivas. Precisamente, en apoyo de la mencionada tesis se citaba la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional 167/2013 de 7 de octubre (RTC 2013, 167), que entendió comprometido el derecho fundamental a la propia imagen del menor del artículo 18.1 de la Constitución Española. Consecuencia de lo anterior es que el interés del menor habrá de ser la guía a la hora de fijar el orden de los apellidos, si existe desacuerdo entre los progenitores». Y, añade que «(…) 3. Ya se decía en la sentencia de 17 de febrero de 2015 que "el interés superior no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, étnico y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales". 4. De ahí que lo relevante no sea cuál era el deseo del padre desde que tuvo lugar el nacimiento del menor, por noble que fuese, sino cuál será el interés protegible de este menor al día de hoy respecto al cambio del orden de los apellidos con el que consta inscrito en el Registro Civil, y con el que viene desde entonces identificado en la vida familiar, social y escolar. 5. A tal fin se ha de estar con la Sentencia *(JUR* 2015, 97580) recurrida que hace descansar su decisión en que: 1. En el periodo transcurrido entre el nacimiento y el momento en que se puso fin al proceso por Sentencia firme ha venido utilizando el primer apellido materno, siendo patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona; 2. El menor en el momento de iniciarse el proceso estaba escolarizado y había venido utilizando el primer apellido de su madre desde el nacimiento, sin que hubiera tenido una relación personal estable con su padre; 3. Ser conocido con este primer apellido en los diferentes ámbitos familiar, social o escolar».

Por tanto, concluye que «el interés superior del menor justifica el mantenimiento por este del orden de los apellidos con el que aparece inscrito en el Registro Civil». Asimismo, *vid.,* las Sentencias de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 2.º, 20 de mayo de 2015 *(AC* 2015, 1235) aplicación del principio de interés del menor para resolver el orden de los apellidos en defecto de acuerdo de los progenitores aunque la nueva LRC no esté en vigor se debe proceder a una interpretación correctora de la vigente porque en los aspectos sustantivos la vigencia constitucional de los principios que la inspiran sí se encuentran en vigor, la normativa del registro Civil, además está pensada para la determinación de os apellidos antes de la inscripción de nacimiento. Prevalece el interés del menor y el derecho fundamental al nombre como integrante de su personalidad, lo cierto es que, la existencia de otros hijos del actual matrimonio del padre con el primer apellido del padre no puede servir de analogía para la determinación de los apellidos de la hija extramatrimonial. La determinación de la filiación tiene lugar en dos momentos distintos; de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.ª, 22 de febrero de 2016 *(AC* 2016, 1186) ponderando el interés superior del menor y el derecho a su propia identidad, se considera necesario mantener como primer apellido el materno; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, de 15 de marzo de 2016 *(JUR* 2016, 88349); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, de 9 de junio de 2016 *(AC* 2016, 1553) en el que se destaca que existe en todo caso un interés de la menor al tener ya una identidad propia.

[100] En esta línea, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, de 7 de enero de 2002 *(AC* 2002, 8); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3.ª, de 21 de diciembre de 2007 *(AC* 2008, 689); de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 3.ª, de 2 de octubre de 2009 *(JUR* 2012, 28194); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 18 de junio de 2014 *(JUR* 2014, 200536) y, de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1ª, de 3 de marzo de 2016 *(AC* 2016, 595) que señala al respecto que, la determinación de la filiación paterna garantiza y preserva el interés superior de la menor y la seguridad familiar. Asimismo, el cambio de apellidos de la menor (a fin de que lleva el apellido de su padre biológico) además de una consecuencia de la determinación de la filiación, no vulnera ninguno de los preceptos legales y constitucionales y no afecta ni a su marco familiar de

referencia ni al derecho a la intimidad de la menor —antes al contrario— tiene derecho a conocer su verdadera filiación y por tanto, a llevar el apellido de su padre. *Vid.*, asimismo, la Resolución de la DGRN, número 8, 7 de diciembre de 2001 *(JUR* 2002, 90071).

[101] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de septiembre de 2009 *(RJ* 2009, 7257). Por su parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo (RTC 2000, 141) lo califica como «estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional». Asimismo, el Auto del Tribunal Constitucional 28/2001, de 1 de febrero *(RTC* 2001, 28).

[102] *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 10 de octubre de 2014 *(JUR* 2014, 293794); de 12 de diciembre de 2014 *(JUR* 2015, 49615); y, de 16 de octubre de 2015 *(JUR* 2015, 276001)

[103] LINACERO DE LA FUENTE, M. (2013). Derecho Civil I, *op. cit.,* p. 467.

[104] Para LINACERO DE LA FUENTE, M. (2013). Tratado del Registro Civil (Adaptado a la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil), *op. cit.,* pp. 279-280 la situación de hecho «significa que el apellido en la forma propuesta sea utilizado habitualmente por el interesado, es decir, que en la esfera social y familiar, sea conocida habitualmente por los apellidos que pretende legitimar». Asimismo, añade que «la situación de hecho no debía haber sido creada por el interesado, sino que debía partir de los demás».

[105] Precisa, LINACERO DE LA FUENTE, M. (2013). Tratado del Registro Civil (Adaptado a la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil), *op. cit.,* pp. 268-269 la razón que justifica dicho cambio de apellidos por la vía de una declaración ante el Encargado del Registro Civil está en «evitar confusiones entre el nombre propio y los apellidos en aquellos casos en que el primer apellido sea un vocablo utilizado indistintamente como nombre y apellido». Además señala que «en el precitado artículo 195 RRC, la posibilidad de dicha anteposición se limitaba al apellido paterno. En el nuevo artículo 53.2 LRC 2011, se alude más correctamente a la anteposición de la preposición «de» respecto al primer apellido». Finalmente, en otro orden de cosas manifiesta que «la anteposición de las partículas de, del o de la a los apellidos que no son nombre propio (por ejemplo, del Castillo, de Artieda, de Aguilar…), constituye una petición de cierta frecuencia que suele obedecer al deseo de algunas personas de aparentar distinción, notoriedad e incluso ennoblecer sus apellidos».

[106] LINACERO DE LA FUENTE, M. (2013). Tratado del Registro Civil (Adaptado a la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil), *op. cit.,* pp. 260 y 274.

1.3. Derechos reales

La inmatriculación en virtud de título público tras la reforma de la Ley 13/2015: análisis crítico

Immatriculation under public title: a critical analysis

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Profesora Titular (acreditada) de Derecho civil, Universidad Francisco de Vitoria

RESUMEN: Tras la Ley 13/2015 de modificación de la Ley Hipotecaria y del Catastro, los procedimientos inmatriculadores se han modificado sustancialmente. En concreto, la inmatriculación en virtud de título público ha sufrido ciertas modificaciones, en aras de alcanzar una mayor seguridad jurídica, y garantizar la propiedad del inmatriculante, intentando poner fin a la emisión rápida y, a veces instrumentada, de títulos *ad hoc*, para la inmatriculación, que no aseguraban realmente la titularidad dominical del solicitante.

La nueva redacción del artículo 205 LH, sin embargo no ha sido lo suficientemente clara y ha suscitado diversas preguntas y cuestiones que habrá que aclarar en cuanto a su interpretación. Un año después de la entrada en vigor de dicha ley de modificación, pretendemos exponer la interpretación que de dichas modificaciones ha hecho la DGRN y analizar la idoneidad de las mismas.

ABSTRACT: After the Law 13/2015 of modification of the Mortgage Law and of the Land registry, the inscription procedures have been modified substantially. In fact the inscription by public title has suffered certain modifications to reach a major juridical safety, and to guarantee the property of the owner, trying to put end to the rapid titles emission, which they were not assuring really the ownership title of the solicitor. The new draft of the artículo 205 LH, nevertheless, it has not been it sufficiently clear and has provoked diverse questions that there will be necessary to clarify. One year after the entry into force of the above mentioned law, we try to expose the interpretation that of the above mentioned modifications the DGRN has done, and to analyse the suitability of the same ones.

PALABRAS CLAVE: Inmatriculación. Título público. Registro de la Propiedad. Documentos. Plazo. Seguridad jurídica.

KEY WORDS: Inscription. Public title. Land register. Documents. Term. Legal certainty.

SUMARIO: I. LA INMATRICULACIÓN EN VIRTUD DE TÍTULO PÚBLICO: ANTECEDENTES Y ACTUALIDAD.—II. REQUISITOS: 1. PRIMER TÍTULO: TÍTULO PÚBLICO TRASLATIVO: *A) Traslativo. B) Público.* 2. SEGUNDO TÍTULO: TÍTULO PÚBLICO ¿TRASLATIVO?: *A) ¿Traslativo? B) Público. Acta de notoriedad. C) Fecha: un año anterior.*—III. ANÁLISIS CRÍTICO.—IV. CONCLUSIONES.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA INMATRICULACIÓN EN VIRTUD DE TÍTULO PÚBLICO: ANTECEDENTES Y ACTUALIDAD

El ingreso de una finca por primera vez en el Registro es una operación de suma importancia porque, a partir de ella, la finca pasa a ser mucho más que el terreno delimitado por una línea poligonal cerrada objeto de propiedad, sino que se convierte en el soporte fáctico de la publicidad de los derechos reales que recaen sobre la misma, es decir, de la eficacia registral; es aquel terreno sobre el que el Registro proyecta sus efectos.

Por eso, el legislador ha dedicado especial atención a los procedimientos necesarios para hacer llegar a esa finca al Registro, para su inmatriculación, pues como dice el preámbulo de la Ley 13/2015, de 24 de junio, de reforma de la Ley hipotecaria y del Catastro, la fiabilidad de la información sobre la finca incrementa la seguridad jurídica, necesaria para el tráfico inmobiliario.

Y, precisamente por eso, se ha reformado el artículo 205 LH, que recoge la inmatriculación a través de doble titulación, regulando de forma más minuciosa sus requisitos, con el fin de garantizar y asegurar que el inmatriculante sea el verdadero propietario de la finca.

La regulación anterior, que vamos a exponer a continuación, facilitaba la inmatriculación de las fincas al exigir nada más que la presentación de dos títulos públicos de adquisición: el del inmatriculante y otro anterior que acreditara la adquisición de su transmitente. En defecto de este último, bastaba presentar acta de notoriedad de que aquel «era tenido por propietario» de la finca que aparecía transmitiéndo al solicitante.

Esta «sencillez» en el proceso inmatriculador hacía que, en defecto de título escrito, se otorgaran escrituras de compraventa, donación, extinciones de condominio, o aportaciones a sociedades que acreditaran la adquisición del solicitante y actas de notoriedad que justificaran la del transmitente con relativa facilidad, y en un lapso de tiempo muy breve. Es decir, cuando la persona quería inscribir su finca en el Registro por primera vez, acudía al Notario donde se elevaba a público su negocio adquisitivo y a la vez se realizaba el acta de notoriedad anterior correspondiente.

Se corría el peligro de instrumentalizar la emisión u otorgamiento de títulos públicos para conseguir esa inmatriculación, sin asegurar realmente la concatenación de titularidades que justificaran la real titularidad del inmatriculante.

En efecto, la anterior redacción del artículo 205 LH[1], únicamente hacía referencia a la necesidad de dos títulos públicos: el de adquisición del inmatriculante, y el documento fehaciente[2] que justificara la adquisición del transmitente con anterioridad a la fecha del documento público de adquisición. Este artículo se complementaba con el 298 RH que permitía que ese documento fehaciente fuera un acta de notoriedad en la que se acreditara que el transmitente era tenido como propietario de la finca objeto del negocio traslativo.

Hay que recordar que la reforma del Reglamento Hipotecario de 1998, que quedó parcialmente sin efecto tras la STS de 31 de enero de 2000, introdujo la necesidad también de que existiera al menos el plazo de 1 año entre ambos títulos, para justificar una transmisión concatenada. Sin embargo, como acabamos de decir, esta modificación quedó sin efecto tras la STS de enero de 2000, por exceder su materia a la de un desarrollo reglamentario, volviendo a su anterior redacción que es la que comentamos.

Ahora, tras la reforma de la Ley 13 /2015, es la Ley quien establece la necesidad del lapso temporal de un año, que, a lo mejor, siempre estuvo en la mente del legislador, para evitar esos actos presunta o aparentemente fraudulentos…

Pues bien, la redacción actual del 205 LH es mucho más prolija y detallada que la anterior, estableciendo los nuevos requisitos necesarios para la inmatriculación en virtud de doble título: «Serán inscribibles, sin necesidad de la previa inscripción y siempre que no estuvieren inscritos los mismos derechos a favor de otra persona, los títulos públicos traslativos otorgados por personas que acrediten haber adquirido la propiedad de la finca al menos un año antes de dicho otorgamiento también mediante título público, siempre que exista identidad en la descripción de la finca contenida en ambos títulos a juicio del Registrador y, en todo caso, en la descripción contenida en el título inmatriculador y la certificación catastral descriptiva y gráfica que necesariamente debe ser aportada al efecto». Continúa con cuatro párrafos más en los que se detalla el procedimiento a seguir para conseguir la inmatriculación, y en la actuación del Registrador en caso de sospecha o duda de la veracidad de los documentos presentados.

Dos son los nuevos requisitos o rasgos que debemos destacar y que se van a analizar a continuación: el juego de dos títulos, pero ahora será un título público traslativo, y otro título público en fecha anterior a un año al traslativo.

Se trata de títulos de adquisición (traslativos), como antes, se confirma su condición de públicos (los dos), y se introduce (¿de nuevo?) el periodo temporal de un año ¿Entre ambos? ¿Entre los negocios? Lo analizamos a continuación

II. REQUISITOS

1. Primer título: Título público traslativo

Este medio inmatriculador se sigue basando en el juego de presentar dos títulos que acrediten de alguna forma que la finca que se pretende inscribir pertenece al solicitante, acreditando su adquisición, y la propiedad del transmitente.

Si bien, la nueva redacción del 205 LH produce una modificación importante, ya que se refiere al título publico traslativo —el inmatriculador—, en vez de título de adquisición, calificación que no añade al segundo título público que debe presentarse junto con el traslativo, bastando que ese segundo título acredite la adquisición de la propiedad del transmitente.

A) Traslativo

Con respecto al primero de los títulos públicos que debe presentarse, el traslativo, la verdad es que, como dice la propia Dirección General, este calificativo no añade en realidad nada nuevo, pues aunque la ley anterior solo hablaba de título de adquisición, de facto, se venía exigiendo que, además, se hubiera traslado

efectivamente el dominio a su titular, no bastando para ello títulos meramente declarativos.

En efecto, la RDGRN de 19 de noviembre de 2015, reiterada por la de 1 de julio de 2016 y 14 de noviembre de 2016 ya afirmó que «la diferencia esencial entre ambas redacciones legales no se encuentra tanto en la necesidad de que el título público inmatriculador sea traslativo, pues tal exigencia, aunque no viniera expresamente formulada en la anterior dicción legal sí que resultaba implícita en ellas, como reiteradamente ha venido considerando la doctrina jurídica, la jurisprudencia y la propia doctrina consolidada en este Centro Directivo».

De este modo, y como afirma MARIÑO PARDO[3], tal y como se deduce de la RDGRN de 1 de julio de 2016, pueden seguir siendo títulos inmatriculadores figuras como la aportación a la sociedad de gananciales, partición de herencia, o la disolución de condominio que tiene carácter traslativo, y no meramente declarativo. En el caso concreto de esta Resolución, se trata de la presentación de una escritura de disolución de condominio, que se admite como título inmatriculador, al ser traslativo de dominio, por ser modificativo del derecho del adquirente[4]. Esta resolución tras repasar las diferentes tesis acerca de la naturaleza traslativa o no de la disolución de la comunidad a través de la división de la cosa común y la partición de herencia, afirma 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 Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2011, según la cual debe ser calificado de verdadera atribución patrimonial), que lo justifica como título inmatriculador. 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».

Por lo tanto, se trata de un título que produce una modificación en el derecho, y con eso entiende la DGRN que es bastante para justificar su carácter traslativo, pues no es lo mismo el derecho existente en copropiedad que el nuevo resultante de la división y disolución.

Es decir, ese primer título que justifica la verdadera y efectiva adquisición del derecho debe ser un título traslativo, el solicitante debe ser un adquirente del derecho de propiedad, no bastando para ello los títulos declarativos que solo confirman la preexistencia de un derecho de propiedad anterior. Es lógico que se insista en este matiz, que ya antes se exigía, pues solo así se consiguen mayores garantías de que el inmatriculante sea un verdadero adquirente del derecho de propiedad, pudiendo beneficiarse en ese caso de la protección registral que otorga la fe pública[5].

B) Público

Ese título inmatriculador, a su vez, debe ser título público. Así lo hace constar expresamente la nueva redacción del artículo 205 LH, pero no añade novedad alguna, ya que la redacción anterior también exigía que este primer título que causa la inmatriculación, fuera un título público. Es lógico, pues conforme al principio de legalidad, solo se inscribirán documentos públicos, tal y como dispone el artículo 3 LH y 33 RH. La Dirección General así lo ha confirmado en distintas

ocasiones, estableciendo la necesidad de que así sea en aras de conseguir la seguridad jurídica que la inscripción en el Registro otorga al tráfico inmobiliario[6].

2. Segundo título: Título público ¿traslativo?

A) ¿Traslativo?

Si la inmatriculación en virtud del 205 LH se lleva a cabo a través del juego de presentación de dos títulos inmatriculadores, analizamos ahora cómo debe ser el segundo de los títulos que debe presentarse, que es el que debe acreditar la propiedad del transmitente.

Pues bien, en relación a este título donde se han producido las mayores novedades con respecto a la legislación anterior.

En primer lugar, analizamos si debe tratarse, al igual que el anterior, de un título traslativo. Es decir, que sea aquel en virtud del cual el transmitente adquiera la propiedad de la finca que transmite y se pretende inmatricular. El artículo 205 LH nuevo no habla de que este título sea traslativo, si no que dice textualmente «que acrediten haber adquirido la propiedad de la finca al menos un año antes de dicho otorgamiento también mediante título público». Omite expresamente la necesidad de que sean traslativos, y solo afirma que deben acreditar haber adquirido la propiedad. Aquí es donde debemos interpretar si basta que dicho título acredite que es propietario, o si es necesario que, al igual que el primer título inmatriculador, sea el que atribuya la propiedad al transmitente. Es decir, y como dice el propio Centro Directivo, hay que aclarar si «mediante título público» es complemento circunstancial del verbo «acreditar» o «adquirir».

En este año de andadura de la nueva ley, y aunque en el recurso no se discutía exactamente sobre este extremo, la Dirección General aprovecha para aclarar cómo debe interpretarse este artículo 205 LH, y de sus palabras, entendemos que no es necesario que ese segundo título sea traslativo del derecho de propiedad. En concreto, en la RDGRN de 19 de noviembre de 2015, afirma que «surge la cuestión de si cabe la posibilidad de que mediante título público, no adquisitivo, sino meramente declarativo, se acredite el hecho y el momento de haberse producido una adquisición anterior. Y parece razonable considerar que tal posibilidad resulta efectivamente admitida por la nueva redacción legal, de modo que, por ejemplo, cuando tal adquisición anterior se acredite mediante una Sentencia declarativa del dominio en la que la autoridad judicial considere y declare probado el hecho y momento en que se produjo una adquisición anterior, la fecha declarada probada de esa adquisición anterior puede ser tomada como momento inicial del cómputo del año a que se refiere el artículo 205». Esta doctrina se ha repetido por las RRDGRN de 4 de mayo y 14 de noviembre de 2016, y parece que así va seguir interpretándose, bastando entonces únicamente un único título traslativo para poder inmatricular, siempre que exista una acreditación formal anterior de la propiedad del transmitente.

La RDGRN de 19 de noviembre de 2015, como veremos a continuación, da un paso más, puesto que va a permitir reconsiderar al acta de notoriedad como título complementario al traslativo de dominio, y para ello, claro, tiene que hacer esta interpretación de que el segundo título presentado puede ser meramente declarativo acreditativo de la propiedad, y no de la adquisición. En este sentido, cabrían, por tanto como títulos complementarios, tanto Sentencias declarativas,

como actas de notoriedad, como escrituras públicas de adjudicaciones hereditarias o liquidación de sociedad de gananciales que recogieran la disolución anterior de dichas comunidades.

B) Público. Acta de notoriedad

Una de las novedades más relevantes del nuevo artículo 205 LH ha sido la exigencia de que el segundo título inmatriculador, el complementario que no tiene que ser traslativo, debe ser siempre un documento público. En la redacción anterior, se permitía que se «acreditar fehacientemente» la adquisición anterior del transmitente, y por lo tanto cabía la acreditaciones a través de documentos privados fehacientes del 1227 del Código Civil. Sin embargo, y a mi juicio de manera oportuna, la DGRN interpretó en sucesivas resoluciones que esos documentos fehacientes, debían de ser públicos (art. 3 LH), a raíz de la STS de 31 de enero de 2000 que dejó sin efecto lo establecido en el artículo 298 RH.

Por lo tanto, recoge ahora la Ley, de forma expresa, lo que en la práctica ya se venía exigiendo, en aras de la seguridad jurídica. Ahora, solo un documento público es válido como segundo título inmatriculador, y por lo tanto, cualquiera de ellos valdría para producir la incorporación de la finca al registro, siempre que acreditase la adquisición anterior. La RDGRN de 19 de noviembre de 2011 señala a este respecto que: «con la nueva redacción legal, no se admite más forma documental de acreditar la previa adquisición que el título público, que es una especie concreta y específicamente cualificada dentro del amplio género de los documentos fehacientes». Valdrían tanto documentos notariales, como judiciales como administrativos, rechazándose, ya claramente, otros documentos fehacientes que no tuvieran el carácter de públicos.

Así las cosas, cualquier documento notarial es suficiente para producir esa inmatriculación. Por supuesto, las escrituras públicas que acrediten el negocio jurídico de adquisición, y nos planteamos si también un acta de notoriedad sería un documento válido para ello. Desde luego, el acta de notoriedad es un documento público notarial, y como además no se exige que este título complementario sea traslativo, pudiendo ser meramente declarativo, no se ve obstáculo alguno para que un acta de notoriedad sea un documento apto para causar la inmatriculación, como título complementario. Pero ya no tiene apoyo reglamentario, como tenía antes de la reforma de 2015, pues aunque tal clase de documento aparece expresamente mencionado como título complementario inmatriculador en el artículo 298 RH, este debe entenderse tácitamente derogado, al igual que todos los artículos del Título IV que desarrollaban el Título VI anterior de la Ley Hipotecaria. Al cambiar este Título VI, no pueden seguir vigentes los preceptos reglamentarios que lo desarrollaban; más aun cuando la nueva redacción legal es clara y detalla suficientemente los nuevos requisitos de la inmatriculación, cosa que antes no ocurría, entre los que no se menciona la posibilidad de que el acta de notoriedad sea un título complementario.

¿Es posible entonces que ese acta de notoriedad sea segundo título inmatriculador? La DGRN así lo ha entendido en la resolución de 19 de noviembre de 2015 ya mencionada, eso sí, siempre que cumpla dos requisitos más: que el Notario autorizante tras las pruebas practicadas al respecto, emita su juicio afirmando la acreditación de la previa adquisición del derecho de propiedad por el transmitente, así como que ese título sea anterior en un año al segundo título. No será ahora suficiente que se acredite que el transmitente «era tenido

por propietario», sino que el Notario deberá dar por probado su adquisición previa y su fecha suficiente[7].

Igualmente, otras resoluciones posteriores han confirmado este criterio, instaurándose, parece que con carácter general, la posibilidad de que un acta de notoriedad sea título complementario inmatriculador, al igual que antes…[8].

Insiste la Dirección General en que ese acta es válida, pero que su contenido y fecha debe ser distinto: el Notario debe aseverar que se adquirió la propiedad, no bastando la justificación de un estado posesorio y/o una apariencia de dominio, sino que habrá que probar esa adquisición previa, y además se añade como nuevo requisito la necesidad de que sea un año anterior al segundo título.

Lo vemos:

C) Fecha: un año anterior

La nueva redacción del artículo 205 LH incorpora de forma expresa un nuevo requisito temporal. Afirma que serán títulos inmatriculatorios aquellos «títulos públicos traslativos otorgados por personas que acrediten haber adquirido la propiedad de la finca al menos un año antes de dicho otorgamiento también mediante título público».

La poco clara, y a mi juicio confusa, redacción de este nuevo artículo, nos plantea la duda de cómo debe computarse ese plazo de un año. Es decir, si debe existir un año al menos entre los dos títulos formales públicos inmatriculadores (el de la adquisición del inmatriculante y el que acredite la titularidad del transmitente —titulo complementario—), o bien, entre el título formal público inmatriculador —primer título— y la previa adquisición del transmitente.

La cuestión es bien distinta porque en el primer caso deberíamos atender a las fechas de ambos documentos —títulos formales— y en el segundo habría que estar a la fecha del título material o acto o negocio adquisitivo del transmitente, aunque el documento que lo acreditase fuese posterior, y anterior en menos de un año del inmatriculador.

A mi entender, la redacción de este artículo indica que la diferencia de un año debe darse entre la adquisición de la propiedad del transmitente y el título público formal inmatriculante, pudiendo haberse constatado la primera en un documento público muy posterior a aquella y con menos de un año de antigüedad con respecto al título inmatriculador. Esta conclusión es por la interpretación literal del artículo, al estar situada la expresión «también por título público», después del complemento circunstancial de tiempo «al menos un año antes de dicho otorgamiento» que se refiere a la acreditación de la propiedad, no de su documentación pública. Igualmente, una interpretación teleológica nos llevaría a la misma conclusión, puesto que la finalidad de este procedimiento inmatriculador es asegurar la veracidad de las transmisiones, y la titularidad del inmatriculante, evitando la creación artificiosa de títulos *ad hoc* que justifiquen formalmente falsas transmisiones y titularidades; luego, lo realmente relevante debe ser la acreditación de la adquisición del derecho, y no tanto de su reflejo formal en un título. Uno de los objetivos perseguidos por la calificación registral, como pone de manifiesto la RDGRN de 29 de mayo de 2014, es garantizar que los títulos que se presentan a calificación no hayan sido creados artificialmente, afirmando lo siguiente: «la doctrina de este Centro Directivo (…) viene exigiendo también, a fin de garantizar la objetividad y publicidad del procedimiento, que de las circunstancias concurrentes no resulte que la documentación se haya creado

artificialmente con el objetivo de producir la inmatriculación. Un extremo que puede, y debe, apreciar el Registrador con apoyo en una pluralidad de factores (tales como la simultaneidad de fechas de los títulos, transmisiones circulares, ausencia de función económica, neutralidad o bajo coste fiscal de los negocios traslativos, etc.) que ofrezcan indicios suficientes de que la documentación ha sido creada o concebida *ad hoc* (…). La inmatriculación de fincas por la vía del doble título exige el encadenamiento de dos adquisiciones sucesivas o directamente coordinadas con la finalidad de lograr cierta certidumbre de que el inmatriculante es su verdadero dueño. Se busca así que sean dos transmisiones efectivas y reales. Por ello, y aun cuando la función registral no pueda equipararse a la judicial, no se excluye que el Registrador pueda apreciar el fraude cuando de la documentación presentada resulte objetivamente un resultado antijurídico, cuando el contexto resulta de lo declarado por el presentante y de los libros del Registro pues la tarea de calificación no se limita a una pura operación mecánica de aplicación formal de determinados preceptos, ni al Registrador le está vedado acudir a la hermenéutica y a la interpretación contextual».

El Alto Centro Directivo también ha interpretado de esta forma esa posible discrepancia o duda con respecto a la fecha del título inmatriculador, y del complementario. La diferencia de un año no debe darse entre los títulos formales —documentos— sino entre el título inmatriculador y la acreditación de la propiedad del otorgante de aquel. Por lo tanto, el título complementario no debe ser anterior en un año al título inmatriculador principal.

En este sentido la Dirección General, de nuevo en la Resolución de 19 de noviembre de 2015, aborda este asunto por primera vez y afirma «además, se exige que dicha adquisición previa se haya producido al menos un año antes del otorgamiento del título público traslativo que va a operar como título inmatriculador. Nótese que dicho lapso temporal mínimo de un año ha de computarse, no necesariamente entre las fechas de los respectivos otorgamientos documentales, esto es, el de título público previo y el del título público traslativo posterior, sino entre la fecha de la previa adquisición documentada en título público, y la fecha del otorgamiento del título traslativo posterior». Esto es lógico, si como ya hemos visto, y añade a continuación el Centro Directivo, se pone en relación con el hecho de que ese título publico complementario no es necesario que sea un título traslativo, bastando que sea declarativo de una adquisición que, obviamente, se ha producido con anterioridad al mismo. Siendo esta la relevante para causar la inmatriculación, pudiendo, en consecuencia, que la fecha del soporte documental sea posterior e inferior a un año, siempre que la adquisición del derecho que declara sea previa en un año. El fundamento 8.º de la citada Resolución recoge esta idea y continúa diciendo «Por otra parte, cabe plantearse la cuestión de si, cuando la Ley exige que los otorgantes del título público traslativo «acrediten haber adquirido la propiedad de la finca al menos un año antes de dicho otorgamiento también mediante título público», ese complemento circunstancial «mediante título público» se refiere al verbo acreditar o al verbo adquirir. Es decir, surge la cuestión de si cabe la posibilidad de que mediante título público, no adquisitivo, sino meramente declarativo, se acredite el hecho y el momento de haberse producido una adquisición anterior. Y parece razonable considerar que tal posibilidad resulta efectivamente admitida por la nueva redacción legal».

Sin embargo, no entendemos que si uno de los motivos —entre muchos— de esta reforma fue evitar la creación artificiosa de documentos inmatriculadores, que se instrumentalizaban para conseguir la inmatriculación de forma rápida y sencilla, con la interpretación que se acaba de exponer, parece que el hecho de

que no se exija que el lapso temporal de un año se refiera a los documentos, podría volver a poner sobre la mesa la posibilidad de creación de títulos *ad hoc*. Esta crítica se supera, si, realmente, se ha acreditado la titularidad del transmitente al menos en un año, cuestión que —como ya he dicho— es la realmente importante para evitar fraudes inmatriculadores.

De nuevo esta doctrina se repite en otras Resoluciones de la DGRN, fijando que el plazo de un año no es entre los documentos formales, si no entre el título público inmatriculador —ese sí— y la acreditación de la adquisición del derecho de propiedad del transmitente, y no del documento[9]. En este sentido, la RDGRN de 14 de noviembre de 2016, resuelve sobre la inmatriculación de una finca mediante la presentación de una escritura pública de compraventa de fecha 18 de abril de 2016 acompañada del título complementario de adquisición de los vendedores —escritura pública de adjudicación de herencia— de fecha 16 de diciembre de 2015, habiendo fallecido el causante el 27 de junio de 2015. Esta resolución insiste en que el plazo debe computarse no entre los documentos (escritura de compraventa y escritura de adjudicación herencia), sino entre el documento inmatriculador —escritura de compraventa— y la adquisición del derecho del otorgante de aquella —la muerte del causante en virtud del 657 del Código Civil—. Finalmente, desestima el recurso presentado, y dice que no puede practicarse la inmatriculación por no cumplirse los requisitos del 205 LH, en relación al plazo de un año entre el título inmatriculador —la compraventa— y la adquisición del derecho —muerte del causante— pues entre ambos hechos no ha transcurrido el año legalmente exigido[10]. Confirma así la doctrina ya establecida y aclara definitivamente las dudas que una primera lectura rápida del artículo nos pudiera generar.

Según MARIÑO PARDO[11], esta doctrina implica que sea posible acreditar la adquisición de la propiedad con anterioridad a un año en los siguientes supuestos aunque el título que recoja dicha acreditación no lo sea, distinguiendo cuál es la fecha de adquisición de la propiedad a partir de la cual debe iniciarse el plazo de un año de anterioridad:

a) En los títulos hereditarios, como se acaba de ver en la resolución anterior, la fecha a partir de la que se debe contar el plazo de un año es la del fallecimiento del causante con la retroacción de la aceptación del heredero. Distingue este autor los supuestos en los que haya un heredero único donde no cuestiona esta fecha, de aquellos en los que existan varios herederos y haya partición hereditaria. En este último caso teniendo en cuenta que la partición no es el título adquisitivo, entiende que también le es aplicable la fecha de la apertura de la sucesión.
b) En liquidación de sociedad de gananciales, si el bien que se quiere inmatricular era ganancial y fallecen los dos cónyuges, uno antes del año del otorgamiento del título inmatriculador y el otro no, entiende este autor que es posible que los herederos liquiden la sociedad de gananciales disuelta adjudicando el bien que se pretende inmatricular a la herencia del causante que falleció antes de un año, y así se hace posible la inmatriculación.
c) Si hay sustitución fideicomisaria, la fecha es la de la muerte del primer causante y no la del sustituto, por artículo 784 del Código Civil.
d) Si existe derecho de transmisión, en herencias sucesivas en las que el transmitente haya fallecido sin aceptar la herencia del primero, igualmente, la fecha de inicio del cómputo del plazo debe ser la del fallecimiento del primer causante.

e) En caso de legados, si son de cosa cierta o de parte alícuota se entienden transmitidos con el fallecimiento del causante, y esa será, entonces, la fecha de inicio del plazo. Pero si son de cosa ajena, no se adquirirá la propiedad hasta que el heredero lo adquiera para entregarlo al legatario.

En definitiva, y conforme a la regla general establecida en el artículo 205 LH, en los casos dudosos, habrá que analizar cuándo se adquirió la propiedad, y esa será la fecha de inicio del cómputo de un año de anterioridad al título público inmatriculador.

III. ANÁLISIS CRÍTICO

En el apartado anterior hemos analizado las novedades que la reforma legislativa ha introducido en la inmatriculación a través de título público, y la interpretación que ha ido haciendo la DGRN sobre el nuevo precepto 205 LH.

Si nos paramos a pensar y hacemos una breve recapitulación, es fácil observar que esta reforma que pretendía dar una mayor seguridad a este medio inmatriculador, en aras del buen funcionamiento del trafico jurídico inmobiliario, a lo mejor, no ha conseguido dicho objetivo, puesto que, aunque parecen más detallados y más claros los requisitos necesarios para inmatricular, la interpretación un tanto extensiva por parte del Centro Directivo, puede, de seguir así, conducir a una flexibilización de los mismos, impidiendo alcanzar el loable propósito perseguido con la Ley.

De este modo, comprobamos que el título complementario que debe presentarse puede ser meramente declarativo, no es necesario que sea traslativo y que por lo tanto él sea el causante de la transmisión dominical, sino que basta con que acredite y declare que aquella se produjo. A veces, incluso, a través de un acta de notoriedad, donde el Notario emita su juicio sobre dicha acreditación «cuando le resulte evidente» —*sic DGRN*—. Entiendo que se está introduciendo cierta arbitrariedad y subjetividad, al poder acreditarse la previa adquisición, por la evidencia suficiente, siempre según el juicio subjetivo de cada Notario.

Del mismo modo, aunque se añade el requisito temporal de que exista un año de plazo entre el título inmatriculador y la previa adquisición del derecho por el transmitente, este requisito ya existía con anterioridad a esta reforma, y al insistir en que la fecha no es entre títulos formales, si no entre la adquisición del dominio y el título inmatriculador, se está volviendo a ampliar o facilitar dicha inmatriculación, al no exigir una distancia suficiente entre los dos documentos formales, pudiendo inducir de nuevo a la creación artificiosa *ad hoc* de títulos públicos inmatriculadores. Amén, como sugieren algunos notarios[12], del detrimento de la titulación pública notarial en aras del acto o negocio adquisitivo y de la preferencia por la utilización de este medio inmatriculador, en vez del expediente de dominio, lo que explicaría esta «extensión» de la interpretación del artículo 205 nuevo[13].

Por tanto, más que ser más minucioso en la regulación y en la práctica de las inmatriculaciones, se están dando más facilidades de inscripción.

IV. CONCLUSIONES

I. El nuevo artículo 205 LH, tras la Ley 13/2015, que recoge la inmatriculación a través de doble titulación, pretende regular de forma más minuciosa

sus requisitos, con el fin de garantizar y asegurar que el inmatriculante sea el verdadero propietario de la finca, en aras de la seguridad del tráfico jurídico y de conseguir la plena protección que otorga el Registro de la Propiedad.

II. La ley introduce algunas novedades importantes en materia de esta inmatriculación, a saber: necesidad de que se presenten dos títulos públicos (no valen fehacientes), el título inmatriculante debe ser público y traslativo de dominio; el título complementario también debe ser público pero no es necesario que sea traslativo, pudiendo ser un título declarativo; la adquisición de la propiedad del transmitente del dominio en el título público inmatriculador debe ser un año anterior a la fecha de este título público.

III. Los requisitos relativos al título inmatriculador no han variado apenas, debe ser público y ahora se afirma que sea traslativo, pero antes también se exigía *de facto* esta cualidad. Sin embargo, sí se han modificado los requisitos del título complementario, bastando que sea un título declarativo, y debe ser público, no bastando que sea un título fehaciente privado.

IV. Con esas características y aunque la ley no diga nada, la Dirección General entiende que cabe que un acta de notoriedad sea título público declarativo complementario, mediante la que se debe acreditar tanto la adquisición de la propiedad como su fecha anterior, que deben resultar evidentes al Notario.

V. El plazo de un año de anterioridad que exige la ley debe transcurrir entre el título público —documento— inmatriculador y la previa adquisición de la propiedad del otorgante de aquel, y no entre los dos documentos. De este modo, basta acreditar la previa adquisición en un año al título público inmatriculador para poder inscribir.

VI. Todo ello nos lleva a considerar que lo que en principio iban a ser unos requisitos más estrictos para garantizar la inmatriculación verdadera, no son tales, y no añaden prácticamente nada nuevo a la inmatriculación anterior, cuando no la flexibilizan un poco mas.

VII. Creemos que la Dirección General debería haber acotado un poco más la interpretación que está haciendo de este precepto, no flexibilizar tanto los requisitos porque, aunque favorezca las inmatriculaciones, siempre es preferible que sean menos, pero más seguras. Todavía se está a tiempo.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Resoluciones DGRN

- 14 de diciembre de 2000
- 26 de abril de 2003
- 18 de diciembre de 2003
- 2 de enero de 2004
- 28 de marzo de 2005
- 4 de abril de 2005
- 14 de abril de 2005
- 5 de octubre de 2007
- 8 de junio de 2009
- 19 de mayo de 2011
- 19 de noviembre de 2011
- 19 de diciembre de 2013
- 29 de mayo de 2014

- 19 de junio de 2015
- 19 de noviembre de 2015
- 4 de mayo de 2016
- 23 de junio de 2016
- 27 de junio de 2016
- 1 de julio de 2016
- 11 de julio de 2016
- 11 de octubre de 2016
- 14 de noviembre de 2016

Sentencias Tribunal Supremo

- 31 de enero de 2000
- 25 de febrero de 2011

VI. BIBLIOGRAFÍA

GONZÁLEZ LÓPEZ, F. J. (2016). *El expediente de dominio en el nuevo artículo 203 de la Ley Hipotecaria*. Disponible en www.notariosyregistradores.com, última visita, 1 de diciembre de 2016.

MARIÑO PARDO, F. (2016). La inmatriculación mediante doble título tras la Ley 13/2015, de 24 de junio. El nuevo artículo 205 LH, *Iurisprudente*. Disponible en http://www.iurisprudente.com/2015/07/la-inmatriculacion-mediante-doble.html, última visita 1 de diciembre de 2016.

NOTAS

[1] Artículo 205 LH anterior: «Serán inscribibles, sin necesidad de la previa inscripción, los títulos públicos otorgados por personas que acrediten de modo fehaciente haber adquirido el derecho con anterioridad a la fecha de dichos títulos, siempre que no estuviere inscrito el mismo derecho a favor de otra persona y se publiquen edictos en el tablón de anuncios del Ayuntamiento donde radica la finca, expedidos por el Registrador con vista de los documentos presentados.

En el asiento que se practique se expresarán necesariamente las circunstancias esenciales de la adquisición anterior, tomándolas de los mismos documentos o de otros presentados al efecto».

[2] La DGRN ha manifestado, y es doctrina consolidada que ese documento fehaciente solo puede ser un documento público, sin que quepa ya inmatricular a través de un documento fehaciente privado, del 1227 del Código Civil. RRDGRN.

[3] MARIÑO PARDO, F. (2016). La inmatriculación mediante doble título tras la Ley 13/2015, de 24 de junio. El nuevo artículo 205 LH. *Iurisprudente*. Disponible en http://www.iurisprudente.com/2015/07/la-inmatriculacion-mediante-doble.html, última visita 1 de diciembre de 2016.

[4] En cualquier caso, sobre la naturaleza traslativa o declarativa de la extinción del condominio ha habido una importante discusión doctrinal y jurisprudencial, y encontramos numerosas resoluciones en ambos sentidos (cfr., por todas, las de 2 de enero de 2004 *[RJ* 2004, 712] y 4 *[RJ* 2005, 3603] y 14 de abril de 2005 *[RJ* 2005, 5018]).

Pero, la reciente RDGN de 1 de julio de 2016, abordando justamente la posibilidad de que la división de cosa común sea un título traslativo inmatriculador, afirma: «Por un lado, hay un sector doctrinal que defiende el carácter meramente especificativo de derechos de

la disolución de comunidad y afirma que la característica esencial del título público de adquisición es contener un acto de adquisición derivativa, por lo que, por no implicar un título de transferencia inmobiliaria, no es título público inmatriculable la división de la cosa común. Por otra parte, otro sector doctrinal defiende el carácter traslativo de la disolución; y finalmente hay quienes consideran que el negocio jurídico causante de la inmatriculación puede ser un título atributivo o determinativo, excluyéndose solamente los títulos meramente declarativos o los que recogen una mera modificación física de la finca, como declaraciones de obra nueva, división horizontal sin disolución de comunidad, división material, agrupación o segregación. También esta Dirección General ha abordado el problema. Así, la Resolución de 14 de diciembre de 2000 negó a la disolución de comunidad el carácter de título inmatriculable por no acreditar fehacientemente el título de adquisición invocado por los comuneros. Por su parte, la de 26 de abril de 2003 trata solo indirectamente el problema planteado, pues el registrador había considerado suficiente para inmatricular la doble titulación de disolución de comunidad y compraventa, por lo que el Centro Directivo no entró en el problema. La Resolución de 18 de diciembre de 2003 abordó el supuesto de una disolución de comunidad complementada por acta de notoriedad que acredita que es tenido por dueño el que lo es por la disolución, concluyendo que lo que hay que declarar como notoria es la titularidad de los comuneros, admitiendo con ello que dichos comuneros son los transferentes».

[5] Podría solo así alegar la fe pública del artículo 32 LH, que con la nueva redacción de la LH parece inclinarse a la admisión de la tesis dualista, y en consecuencia la posibilidad de protección para el inmatriculante, que no adquiere de titular registral, pero sí, debe adquirir el derecho de forma efectiva.

[6] Véase, entre muchas, las recientes Resoluciones: 19 de diciembre de 2013; 19 de junio de 2015; 11 de julio de 2016.

[7] RDGRN de 19 de noviembre de 2015: «Por ello, ya no será admisible la simple declaración de la notoriedad del hecho de que una determinada persona es tenida por dueña de una determinada finca, como venía admitiendo el artículo 298 RH, sino que, conforme a las exigencias expresadas en el nuevo artículo 205 LH, y a la regulación del artículo 209 Reglamento Notarial, será necesario que, tras el requerimiento expreso en tal sentido y la práctica de las pruebas y diligencias pertinentes, el Notario emita formalmente, si procede, su juicio sobre la acreditación de la previa adquisición y su fecha, siempre y cuando, como señala el mismo precepto reglamentario, tales extremos le «resulten evidentes por aplicación directa de los preceptos legales atinentes al caso».

[8] Por ejemplo, las RRDGRN de 4 de mayo de 2016, 23 de junio de 2016, 11 de octubre de 2016, 14 de noviembre de 2016. En ellas se repite la doctrina ya transcrita del RDGRN de 19 de noviembre de 2015, a favor de la pertinencia del acta de notoriedad como título inmatriculador, si bien en la de 11 de octubre se aclara que debe aplicarse la nueva regulación al hecho aquí se analiza pues se trataba de una doble presentación de un documento, habiendo caducado el asiento por primera vez, se vuelve a presentar los títulos, ya estando en vigor la reforma de la Ley, siendo esta la que debe aplicarse, tal y como establece dicha resolución: «la documentación fue objeto de dos presentaciones. Si bien se produjo una primera presentación por vía telemática en el mes de octubre del año 2015, la misma decayó por no haberse despachado dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación —los sesenta días hábiles reconocidos en el artículo 17 de la Ley Hipotecaria— y no habiéndose producido ninguno de los supuestos de prórroga del artículo 432 del Reglamento Hipotecario, el asiento caducó y por ello perdió en su totalidad cualquier eficacia que la legislación aplicable le pudiera conceder. Objeto de nueva presentación, la misma se produjo bajo la vigencia de la ley una vez objeto de reforma, por lo que la titulación debe ser calificada a tenor del nuevo articulado, y por ello las consideraciones del Registrador han de prevalecer».

[9] Véase RRDGRN de 4 de mayo de 2016, 27 de junio de 2016 y 14 de noviembre de 2016.

[10] RDGRN de 14 de noviembre de 2016: «En el presente caso, resulta especialmente importante el matiz señalado de que «dicho lapso temporal mínimo de un año ha de computarse, no necesariamente entre las fechas de los respectivos otorgamientos documentales, esto es, el de título público previo y el del título público traslativo posterior, sino entre la fecha de la previa adquisición documentada en título público, y la fecha del otorgamiento

del título traslativo posterior». Como es doctrina reiterada de esta Dirección General, ya antes de esta nueva dicción legal (cfr. Resoluciones de 28 de marzo de 2005, 5 de octubre de 2007, 8 de junio de 2009 y 19 de mayo de 2011), no puede olvidarse a efectos de acreditar el momento de la transmisión en una inmatriculación que el artículo 657 del Código Civil dispone que «los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte», así como la previsión del artículo 989 del mismo cuerpo legal, según la cual «los efectos de la aceptación y de la repudiación de la herencia se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda». Asimismo debe tomarse en consideración que conforme al artículo 404 «la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia». Por ello, con independencia del carácter atributivo, declarativo o especificativo que se predique de la partición, es evidente que en el proceso sucesorio, delación y partición se complementan, y juntas producen el efecto traslativo respecto del heredero en la titularidad exclusiva de bienes concretos y determinados (cfr. art. 1068 del Código Civil). Ello permite interpretar que en los casos de aceptación de herencia y formalización en título público de la adjudicación y adquisición de la propiedad de los bienes hereditarios, si con posterioridad otorga título traslativo de ellos a un tercero, el plazo de un año a que se refiere el artículo 205 se puede computar desde el fallecimiento del causante de la herencia, momento desde el cual se puede entender adquirida por el heredero la posesión y por ende la propiedad de los bienes hereditarios, y no necesariamente desde el otorgamiento del título público de formalización de la aceptación y adjudicación de herencia».

[11] MARIÑO PARDO, F. (2016). La inmatriculación mediante doble título tras la Ley 13/2015, de 24 de junio. El nuevo artículo 205 LH. *ob. cit*.

[12] Véase MARIÑO PARDO, F. (2016). La inmatriculación mediante doble título tras la Ley 13/2015, de 24 de junio. El nuevo artículo 205 LH. *ob cit.,* y GONZÁLEZ LÓPEZ, F. J. (2016). *El expediente de dominio en el nuevo artículo 203 de la Ley Hipotecaria,* disponible en www.notariosyregistradores.com, última visita, diciembre 2016.

[13] Tal y como parece decir claramente el Prontuario de Expedientes de Concordia Registro-Realidad. De la Ley 13/2015, en su página 29, donde se afirma que: Este procedimiento —el de titulo público— introducido a instancias del Colegio de Registradores, constituirá, sin duda, el procedimiento ordinario de inmatriculación, de la complejidad del procedimiento del artículo 203 LH».

1.4. Sucesiones

El prelegado o el heredero instituido testamentariamente legatario: el doble llamamiento a título universal y a título singular

«Pre-bequest» or the heir instituted testamentary: to universal title and singular title

por

M.ª FERNANDA MORETÓN SANZ

Profesora Titular Acreditada. Derecho Civil UNED

RESUMEN: La institución del prelegado implica que el heredero puede adquirir como legatario bienes en la sucesión de su causante, con la lógica consecuencia de que a cada llamamiento le serán aplicables las particularidades de la adquisición a título universal o a título singular. El prelegado se trata de una disposición testamentaria, mediante la que el heredero ostenta un doble título de adquisición (*iure legati*) autónomo e independiente de su condición de heredero (*iure hereditatis*).

ABSTRACT: The institution of the «pre-bequest» implies that the heir can acquire as legatee in the succession, with the logical consequence that to they will be he applicable the particularities of the acquisition to universal or singular title. The «pre-bequest» is a will disposition, by means of which the heir have a double title of acquisition (iure legati) independent of his heir condition (iure hereditatis).

PALABRAS CLAVE: Testamento. Heredero. Prelegado.

KEY WORDS: Will. Heir. Pre «bequest».

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO PRELIMINAR SOBRE LA NOCIÓN DEL PRELEGADO O EL HEREDERO INSTITUIDO TESTAMENTARIAMENTE LEGATARIO.—II. CUESTIONES SOBRE LA RENUNCIA, ACEPTACIÓN Y ENTREGA.—III. EL SISTEMA LEGITIMARIO Y SU FUTURA REFORMA LEGISLATIVA EN MATERIA DE PRELEGADOS.—IV. EL NUEVO DERECHO FORAL: 1. La renovación del Derecho catalán y la denominada autonomía de los coherederos en la partición: el nuevo artículo 427 y el acuerdo unánime de los coherederos para prescindir de los contadores partidores e, incluso, de los prelegados, salvo disposición testamentaria expresa en contra. 2. El artículo 38 de la Compilación del Derecho Foral de Baleares. 3. El Fuero de Navarra en su Ley 216. *Institutio*

EX RE CERTA. 4. EL NUEVO CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. PLANTEAMIENTO PRELIMINAR DEL PRELEGADO O EL HEREDERO INSTITUIDO TESTAMENTARIAMENTE LEGATARIO

En el sistema testamentario común, cabe la posibilidad de que en acto *mortis causa*, sean designados varios sujetos como beneficiarios de un legado. Por tanto, el heredero será, adicionalmente, legatario de una o varias disposiciones particulares. Esta fórmula o figura recibe la denominación doctrinal de «prelegado» y, en resumidas cuentas, esta circunstancia del doble llamamiento es, precisamente, su esencia institucional[1].

En este sentido, prevé el artículo 890 del Código Civil, en su segundo párrafo que «el heredero, que sea al mismo tiempo legatario, podrá renunciar a la herencia y aceptar el legado, o renunciar este y aceptar aquella» y, por su parte, el 821 también en su segundo párrafo, advierte que «el legatario que tenga derecho a la legítima podrá retener toda la finca, con tal que su valor no supere al importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponda por legítima»[2].

De lo dicho se sigue que el prelegado consiste en un legado realizado en testamento, siendo el beneficiario el legitimario o los legitimarios instituidos herederos en la disposición *mortis causa*.

En su virtud, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª), de 18 de marzo de 2013, desestima el recurso interpuesto subrayando la elemental esencia de la institución del prelegado, que no es otra que para ostentar esta condición, simultáneamente, ha de tener la cualidad de heredero. Por lo que a falta de esta designación testamentaria de heredero, no resulta posible tener derecho alguno como prelegatario.

«3. La tesis del recurrente presupone la efectividad del prelegado y, entonces, su adquisición desde la muerte del testador, con la consiguiente posibilidad de transmisión e imposibilidad de revocación, salvo autorización expresa —inexistente en el caso— por parte de la comisaria.— Se olvida, sin embargo, que el prelegado, figura a la que se refiere el párrafo segundo del artículo 890 del Código Civil —El heredero, que sea al mismo tiempo legatario, podrá renunciar la herencia y aceptar el legado, o renunciar este y aceptar aquella—, es la disposición testamentaria en forma de legado en favor de quien es llamado al *universum jus defuncti*, o sea al heredero».

Con meridiana claridad afirma el juzgador: «el prelegado no es en sí mismo más que un legado a favor del heredero, lo que significa que tienen que concurrir en un mismo sujeto la cualidad de heredero y de legatario y la de favorecido u honrado y gravado al mismo tiempo con su prestación. Por lo que no cabe considerar prelegatario a quien no ostenta la condición de heredero, ni jurídicamente admisible la adquisición de un prelegado por quien no ha llegado a ser heredero»[3].

La etimología de esta institución, la recogería en una obra señera, el Profesor CLEMENTE DE DIEGO aclarando con ella, buena parte de sus presupuestos y aportando notables recursos exegéticos. Dice así: «prelegado viene de *praelegatum* y este es participio del verbo *praelego*, *as, are,* que significa llegar de antemano, mandar en el testamento por mejora o por privilegio, *peculia filiis* (Scaevola). Así dice el gran latinista Raymundo de Miguel. *A legare*, que significa llegar o mandar en testamento se incorpora la partícula *prae*, que da idea de delantera, de anticipación; *praecepts*, cabeza primera, que va delante; preceptor…, precipitado,

que va hacia delante que va declinando o hacia abajo *praecox*, cocido o maduro demasiado pronto, antes de tiempo, antes de lo normal»[4].

De modo que concursa un doble llamamiento que, a su vez, se traduce en un doble título de adquisición *mortis causa*: una, la de heredero, universal y, otra, el prelegado, que lo será a título singular. Y en buena lógica y con la mejor doctrina, el funcionamiento de la aceptación o repudiación de cualquiera de los dos llamamientos es independiente, sin que en ningún caso una u otra implique el seguimiento automático del otro en idéntica dirección[5].

Por tanto, la naturaleza testamentaria del prelegado «confiere al heredero favorecido un título de adquisición (*jure legati*), independiente del otro título (*jure hereditatis*) que le confiere su cualidad de heredero»[6].

La cuestión más controvertida judicialmente, a salvo de otra declaración de voluntad por parte del testador, es la fórmula que cabe aplicar para la imputación de dicho legado. Si por parte del disponente, ha sido fijado expresamente como mejora o, en su defecto, no resulta posible interpretar la voluntad del causante en otro sentido, será imputado, en primer lugar, al tercio de libre disposición y, en lo que no quepa en este, al tercio de mejora, entendiéndose que en virtud de la institución de heredero, simultáneamente realizada en el testamento, se procede a atribuir la legítima al heredero.

En los supuestos en que concurran una pluralidad de herederos[7], y que en todos ellos recaiga también la condición de legatarios, la lógica consecuencia como apunta el artículo 859 desemboca en la propia ineficacia del prelegado[8], toda vez que cada uno de ellos no puede ser responsable ante sí mismo[9].

II. CUESTIONES SOBRE LA RENUNCIA, ACEPTACIÓN Y ENTREGA

El doble llamamiento del prelegado, implica que al tratarse de una adquisición *mortis causa* a título universal y otra a título singular, el funcionamiento de la aceptación o renuncia son paralelos. Con ello queremos decir que podrá renunciar a la herencia sin que afecte a la aceptación del legado[10].

En cuanto a la entrega, esta no será necesaria si es prelegatario único, de modo que podrá tomar posesión por sí, tal y como ratifica la doctrina jurisprudencial, STS de 28 de abril de 1976, STS de 14 de febrero de 1989[11]. En idéntico sentido se pronuncia la DGRN, así su Resolución de 1 de octubre de 1984[12].

Adicionalmente ha de tenerse en cuenta el presupuesto de la doble condición del llamamiento, cuestión ventilada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Civil y de lo Penal, de 18 de marzo de 2013, en los siguientes términos: «La tesis del recurrente presupone la efectividad del prelegado y, entonces, su adquisición desde la muerte del testador, con la consiguiente posibilidad de transmisión e imposibilidad de revocación, salvo autorización expresa —inexistente en el caso— por parte de la comisaria. Se olvida, sin embargo, que el prelegado, figura a la que se refiere el párrafo segundo del artículo 890 del Código Civil —'El heredero, que sea al mismo tiempo legatario, podrá renunciar la herencia y aceptar el legado, o renunciar este y aceptar aquella'—, es la disposición testamentaria en forma de legado en favor de quien es llamado al *universum jus defuncti*, o sea al heredero. Es decir, que el prelegado no es en sí mismo más que un legado a favor del heredero, lo que significa que *tienen que concurrir en un mismo sujeto la cualidad de heredero y de legatario y la de favorecido u honrado y gravado al mismo tiempo con su prestación. Por lo que no cabe considerar prelegatario a quien no ostenta la condición de heredero, ni*

jurídicamente admisible la adquisición de un prelegado por quien no ha llegado a ser heredero. En el caso, la comisaria en ejercicio legítimo del poder conferido por su difunto marido en la cláusula primera de su testamento instituyó y nombró único y universal heredero a su hijo D. Juan Antonio (sustituido vulgarmente por sus descendientes) apartando, expresamente, a sus nietos D.ª Serafina y D. Pío (y a los descendientes de estos). Constituye por tanto un hecho (que los recurrentes tampoco han discutido en ningún momento) que D.ª Serafina y D. Pío no ostentan la condición de herederos. Pues bien, conforme a lo argumentado con anterioridad, la consecuencia necesariamente derivable de dicho hecho es que tampoco pueden ostentar la de prelegatarios. En definitiva, el modo en que la comisaria hizo uso del poder que le había conferido su marido en la cláusula primera de su testamento supuso —al contrario de lo que presupone la tesis de la parte recurrente, que lo considera, como hemos dicho, plenamente efectivo— la inefectividad del prelegado establecido por aquel en la cláusula segunda».

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9.ª), de 26 de septiembre de 2011, concluye que en definitiva, la entrega de legado de cosa específica a favor de determinado heredero forzoso, requiere el inventario, la liquidación y adjudicación de la herencia en su totalidad con determinación del haber hereditario correspondiente a los demás herederos forzosos.

En su virtud, declara que: «Planteado el debate en esta alzada en los expresados términos, en identidad de razón con lo sostenido en primera instancia, es de indicar que es doctrina reiterada (RDGRN, de 26 de septiembre de 2002, 25 de septiembre de 1987 y 24 de mayo de 1930; así como por la jurisprudencia contenida en las SSTTSS, de 31 de diciembre de 2003, 21 de abril de 2003, 25 de mayo de 1992 y 4 de noviembre de 1961, entre otras), que el legatario no puede apoderarse de la cosa legada, aunque fuera específica y propia del testador, ni está autorizado para pedir la inscripción a su nombre fuera de casos excepcionales cuyo análisis sería ahora inoportuno, ni adquiere en absoluto dominio cuando el *dies cedit*, sino que es titular de un derecho subordinado a la liquidación de la masa hereditaria. El legatario tiene derecho a la cosa legada desde el fallecimiento del testador, pero le falta la posesión para lo que es precisa la entrega. Conforme a lo establecido en el artículo 882 del Código Civil, cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere la propiedad desde que aquel muere, si bien debe pedir la entrega al heredero o albacea, cuando este se halle autorizado para darla (art. 885 del Código Civil). La entrega constituye un requisito complementario para la efectividad del legado, al mismo tiempo que una circunstancia *sine qua non* para el legatario que quiera disfrutar por sí mismo de la cosa legada, con independencia de la adquisición dominical que tendrá lugar en los términos previstos en el artículo 882 del Código Civil. Aunque el legatario adquiere la propiedad de la cosa legada desde la muerte del testador, ello no le faculta por sí para ocupar la cosa, sino que ha de pedir su entrega y posesión al heredero o albacea, lo que constituye un requisito complementario para la efectividad del legado».

En cuanto a la formación e inclusión de inventario, de los bienes legados: «Cuando en la herencia concurren herederos forzosos o legitimarios junto con el legatario, con independencia de que ellos mismos tengan esa misma consideración, debe tenerse en cuenta que el legado está subordinado al pago de las deudas y abono de las legítimas. Si se permitiese sin más la entrega de las cosas específicas y determinadas legadas, perjudicaría la integridad de la masa hereditaria que, como ocurría en vida del causante, supone especial garantía, conforme a lo previsto en el artículo 1911 del Código Civil, de los acreedores, y

más concretamente de los legitimarios. Por lo que antes de proceder a la entrega del legado, de cualquier clase que sea, debe verificarse la liquidación y partición de herencia, pues ésa es la única forma de saber si se encuentran dentro de la cuota de la que puede disponer el testador por no perjudicar la legítima de los herederos forzosos. Razón por la cual el derecho conferido por el artículo 882 del Código Civil está subordinado a la liquidación de la masa hereditaria, para saber si el valor de los legados entra dentro de las porciones de las que puede disponer el causante».

III. EL SISTEMA LEGITIMARIO Y SU REFORMA LEGISLATIVA EN MATERIA DE PRELEGADOS

La libérrima voluntad del testador se ve limitada, por el sistema legitimario y, en este punto más que discutir o proponer alguna reforma *lege ferenda* en materia de prelegados, en puridad lo que corresponde es discutir los elementos por los que el disponente se ve constreñido en el reparto de sus bienes para después de su fallecimiento y si, al margen del derecho a la herencia, no habrá también un derecho absoluto a distribuir su patrimonio de la forma que tenga por conveniente.

Para ser más exactos, en el régimen del prelegado la cuestión más controvertida es el sistema de transmisión del activo y pasivo en el caso del título de heredero, frente a la ausencia de confusión de patrimonios que concursa en el título singular. Quizás habría que tener en cuenta que independientemente del título de llamamiento, lo más procedente sería aplicar sistemas como el inglés donde se atienden las deudas y una vez liquidadas se computa el as hereditario y es entonces y no antes cuando procede el resto de operaciones testamentarias[13].

IV. EL NUEVO DERECHO FORAL

1. La renovación del Derecho catalán y la denominada autonomía de los coherederos en la partición: el nuevo artículo 427 y el acuerdo unánime de los coherederos para prescindir de los contadores partidores e, incluso, de los prelegados, salvo disposición testamentaria expresa en contra

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal), de 31 de enero de 2011, siendo ponente RAMOS RUBIO es absolutamente didáctica a estos efectos ya que resume las circunstancias de la reaparición de la institución del prelegado en el renovado Derecho catalán, con cita de la mejor doctrina[14].

Apréciese el contenido de sus afirmaciones: «Por razones eminentemente prácticas, *el derecho civil catalán moderno suprimió el sistema del prelegado romano, en el que la coincidencia de causas lucrativas hacía imposible que el heredero beneficiado con un legado pudiera adquirir como legatario lo que ya había adquirido previamente como heredero, sustituyéndolo, aunque manteniendo la misma terminología (STSJC 19, 1999 de 26 de julio), por el régimen de la concurrencia o dualidad de títulos* (art. 219 CDCC), que se conservó en el *Codi de Successions per causa de mort de 1991* (art. 257) y que pervive en el actual *Llibre Quart del Codi civil de Catalunya* (art. 427-5), aprobado por la Llei 10/2008, de 10 de juliol. En consecuencia, en nuestro derecho sucesorio el *heredero beneficiado con un*

legado es, al propio tiempo, sucesor a título universal y a título particular, pudiendo aceptar y repudiar independientemente cada uno de estos (art. 268.3 CS y art. 427-16-6 CCCat.), lo que deberá hacerse de conformidad con las reglas que, en cada caso, rigen la aceptación y la repudiación de la herencia y del legado. A este respecto, recuérdese que mientras el legado puro y cierto, conforme al sistema germánico, se ha entendido siempre entre nosotros aceptado y deferido por ley desde la apertura de la sucesión (art. 222.1 CDCC, art. 265 CS y art. 427-14.1 CCCat.), salvo declaración de voluntad en contra (art. 222.1 CDCC, art. 267.2 CS y art. 427-16.1 CCCat.), la aceptación de la herencia, conforme al sistema romano, requiere en todo caso una declaración de voluntad expresa o tácita (art. 5 y 17 CS, y art. 411-5 CCCat.). Así las cosas, *es cierto que al legatario no le está permitido, por lo general, obtener por sí mismo la posesión de la cosa o derecho legado, sino que debe hacerlo reclamándolo del gravado con él* (art. 222.2 CDCC, art. 271.3 CS ,y art. 427-22.3 CCCat.), lo que se explica por la *posibilidad de que vea reducida o, incluso, eliminada la cuantía económica de su derecho en determinados supuestos, frente al mejor derecho de los acreedores del causante, de los legitimarios o del propio heredero (cuarta falcidia)*. No obstante, dejando de lado las excepciones a dicha regla que se han previsto expresamente a lo largo de la evolución de nuestro derecho sucesorio (art. 222.3 CDCC y art. 271.3 CS) y haciendo abstracción de la vigente regulación —que reconoce expresamente el derecho del beneficiado con un prelegado a tomar por sí mismo la posesión de la cosa o derecho legados (art. 427-22.3 CCCat.)—, el hecho de que en Cataluña, a diferencia de lo que ocurre en el Código Civil (art. 440.1 del Código Civil), el heredero no adquiera automáticamente (*ipso iure*) la posesión del caudal relicto por la aceptación (expresa o tácita) de la herencia, sino que para ostentarla deba tomarla efectivamente (art. 98.2 CDCC, art. 6 CS, y art. 411-6 CCCat.), ha permitido sostener a una parte relevante de nuestra doctrina, ya bajo la regulación de la *Compilació de Dret civil de Catalunya* (ROCA TRÍAS), pero también bajo la del *Codi de Successions* (ALBIOL MARÉS), que, si antes de la apertura de la posesión el legatario tenía ya la posesión de la cosa legada por cualquier título —en virtud de una relación previamente establecida con el causante— o, incluso, aunque careciera de título (*ad usucapionem*), no sería necesario entonces que la reclamase del gravado, que no podría entregársela sin retrocederla primero del propio beneficiado, ello, claro está, sin perjuicio del derecho de aquel a reclamársela cuando el legado fuera inoficioso (art. 225 CDCC) o cuando debiera reducirse por falcidia (art. 226 CDCC) o reintegrarse el exceso (art. 224.2 CDCC y art. 36 CS). Por ello, por lo que se refiere al presente supuesto, en el que, con independencia del título y de las circunstancias por virtud de las cuales el heredero demandado había asumido la titularidad y la administración del negocio de muebles objeto del legado con anterioridad a la muerte del causante, aquel ostentaba ya su posesión efectiva previamente a la apertura de la sucesión, no se advierte ninguna dificultad para entender válidamente aceptado y deferido el legado, sin que ello presuponga la tácita aceptación de la herencia, ya sea *ex* artículo 19 CS o ya sea *ex* artículo 24 CS, lo que a la postre conduce a la desestimación del único motivo del recurso y a la confirmación de la Sentencia impugnada».

En el Derecho Civil catalán actualmente vigente, en particular en el Preámbulo de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, el legislador indica lo siguiente: «Las características esenciales del régimen de partición y colación no varían respeto a las del anterior, pero se ha aprovechado la reforma para ordenar mejor la materia, depurarla, concordar las reglas de adjudicación de los bienes con las del libro

quinto y revisar algunos efectos de la partición o de su práctica defectuosa. En lo que concierne a los sujetos que pueden hacer la partición, se ha suprimido la norma que permitía a los herederos y legatarios que representasen más de la mitad del caudal relicto solicitar a la autoridad judicial la designación de un contador partidor, entendiendo que este resultado ya es posible, sin acuerdo mayoritario, por los medios que establece la legislación procesal. Un rasgo destacable es la decisión de potenciar la autonomía de los coherederos para llegar a acuerdos sobre la forma de hacer la partición. Si hay unanimidad, los coherederos no solo pueden prescindir de los contadores partidores, sino también de las disposiciones particionales establecidas por el propio causante e, incluso, de los prelegados, salvo que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario. Esta regla tiene en cuenta la función particional que con frecuencia cumplen los prelegados y permite que los herederos se adjudiquen los bienes de la forma que consideren más satisfactoria, sin tener que vender o permutar entre ellos posteriormente, con costes adicionales, para alcanzar el mismo resultado»[15].

Más reciente aún es la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala Civil y Penal), de 16 de enero de 2012, donde el mismo Ponente que la anterior (RAMOS RUBIO), en una controversia donde sus hechos son los siguientes: «Adriano falleció el 28 de diciembre de 2007, habiendo dejado dispuesta válidamente su última voluntad en un testamento notarial otorgado el 17 de julio de 2007, por el cual se consideró revocado uno anterior de fecha 5 de noviembre de 2004. En el último testamento válido (2007), el causante dispuso *prelegar*, por un lado, a su hijo D. Adriano un inmueble sito en la calle Penedés de Tarragona y la parte indivisa correspondiente al testador en otro sito en la calle La Nao, asimismo de Tarragona, y por el otro, a su también hijo D. Carlos Antonio, un inmueble sito en la plaza de la Font de la misma ciudad, en ambos casos con la facultad de tomar posesión de los bienes legados por sí solos. En dicho testamento y a renglón seguido de las cláusulas en las que se disponían los prelegados, el causante dispuso instituir herederos universales *'en remanente de todos sus demás bienes por parte iguales'* a los citados D. Adriano y D. Carlos Antonio (los codemandados), así como a la actora y recurrente, D.ª Florencia, hija también del causante y, al igual que los anteriores, de Ana María. Ana María había fallecido con anterioridad, en 28 de febrero de 1998, bajo un último testamento notarial válido otorgado el 22 de marzo de 1990, en el que se había limitado a instituir herederos por partes iguales a sus tres hijos, D. Adriano, D. Carlos Antonio y D.ª Florencia, ninguno de los cuales había aceptado todavía la correspondiente herencia a la fecha de inicio del presente procedimiento. D.ª Florencia, en vida de su madre, recibió de ella cierta cantidad de dinero procedente de la venta de unas acciones, así como una vivienda sita en el barrio de Sarriá de Barcelona, articulándose en este caso la entrega como si de una venta se tratara, aunque, al parecer, por precio inferior al de mercado».

Pues bien, a la vista de los anteriores antecedentes, el juzgador desestima el recurso de casación interpuesto argumentando los fundamentos que transcribimos: «1. Por lo que se refiere a la interpretación de la voluntad del testador y como recordamos en nuestra STSJC 36/2010 —con cita de otras resoluciones de esta Sala—, en general, será preciso indagar cuál sea la que realmente le movió al tiempo de otorgar el testamento, para lo que, si bien en una primera aproximación habrá que atender a las concretas palabras utilizadas, sobre todo cuando hubieren intervenido profesionales (notarios, abogados), conforme a lo que prescribe el artículo 110.1 CS, no será necesario sujetarse al sentido literal de las mismas, de manera que, a tal fin, cuando no exista una limitación legal

—y ello es importante, por lo que se refiere al presente recurso—, es lícito acudir a '*elementos extrínsecos*', siempre '*con las debidas precauciones*' y sin olvidar que, conforme a lo que resulta de la tradición jurídica catalana de raíz justinianea (D. 34,5,24) y a lo que prescribe el artículo 110.3 CS (hoy el art. 421-6.3 CCCat.), en los casos de duda la interpretación deberá hacerse en sentido favorable al favorecido por la disposición testamentaria, o como recuerda el TEDH (STEDH de 13 de junio de 2004, caso *Pla y Puncernau c. Andorra*, ap. 62), buscando el «*efecto útil*».

Y en cuanto a la revisión de la interpretación de la voluntad del testador —venimos manteniendo al igual que el TS— que, en principio, es función soberana de los tribunales de instancia, de manera que el motivo que la impugne solo podrá tener acceso a casación de forma excepcional, es decir, si la interpretación del tribunal *a quo* puede calificarse de arbitraria, de ilógica, de claramente errónea o de desorbitada, o, simplemente, de contraria a la ley (*vid.,* STS 1.ª núm. 547/2009 de 28 de julio), y en este caso la hemos venido afrontando por medio del correspondiente recurso de casación, bien por infracción del artículo 675 del Código Civil en relación con la tradición jurídica catalana (art. 1 CDCC), de aplicación supletoria antes de la entrada en vigor del CS, o, tras la entrada en vigor de la Llei 40/1991, de 30 de diciembre, bien por vulneración del artículo 101 CS, bien, especialmente, por infracción del artículo 110 CS, descartando que pudiera serlo mediante el planteamiento del error en la valoración de la prueba en un recurso extraordinario por infracción procesal.

Precisamente, en el presente supuesto la recurrente, por un lado, tilda la interpretación del testamento patrocinada por la Audiencia Provincial de arbitraria e ilógica —lo que permite a la parte contraria objetar que no se trata de decidir cuál de las dos, la de la Audiencia Provincial o la que propugna la recurrente, sea la más acertada, sino solo si la contenida en la Sentencia recurrida es o no arbitraria o absurda—, y por otro, considera que es contraria a una norma legal que obliga a expresar la voluntad del testador de determinada forma para que pueda reconocérsele la eficacia de prohibir la detracción de la cuarta falcidia.

2. Pues bien, como apuntamos a este respecto en las SSTSJC 2/2010 y 36/2010 al tratar de la regulación de la cuarta falcidia por el código justinianeo, ya desde entonces se llegó a admitir su exclusión por el testador (D. 35,2,15,1; D. 35,2,46), si bien solo de forma expresa —'…*expressim designaverit*…' (N. 1, 2,2 *in fine*). En la misma ocasión, dejamos constancia de que la cuarta trebeliánica fue una figura jurídica establecida en el Derecho romano clásico a imitación de la falcidia (*ad exemplum Falcidiae*), lo que explica que, en general, se estimaran aplicables a aquella las disposiciones del *Corpus* concernientes a esta última, especialmente en cuanto a las formas de prohibición por el testador —*ex quibus rationibus infertur prohibita Falcidias videri prohibitam Trebellianicam*— (PEREGRINI). Por lo mismo, no puede extrañar que la controversia entre los comentaristas del *Corpus* y los romanistas modernos acerca de si era necesario o no que el testador realizara la prohibición de la detracción con palabras expresas y específicas (*verba specialiter*) para que esta surtiera efecto o, a lo sumo, con palabras equivalentes (*verba aequipollentia*), siempre que no fuera posible otorgarles otro sentido que el prohibitivo (*de necessitate inferant prohibitionem*), alcanzara por igual a ambas instituciones y que fuera mayoritariamente resuelta en sentido afirmativo también para ambas.

Dada la utilidad que en Cataluña han tenido históricamente los fideicomisos para mantener la unidad de los patrimonios, algunos aspectos de la controversia, especialmente problemáticos por la confusión que arrastraron y el incremento

de la litigación a que dieron lugar, se centraron específicamente en la cuarta trebeliánica —que, por ello, ha tenido entre nosotros una aplicación mayor que la de la falcidia—, como es el relativo a si la prohibición podía afectar o no al heredero fiduciario que fuere hijo del testador, para solucionar la cual, precisamente, fue promulgada la constitución *Per conservar los patrimonis* (*Constitucions i altres drets de Cataluña*, vol. 1, lib. VI, tít. VI, const, única) establecida en las Cortes de Barcelona, de 1599, bajo Felipe III, por cuya virtud se permitía *'a los padres que hicieren testamento prohibir con palabras expresas, y no otramente, la cuarta trebeliánica a los hijos herederos en primer lugar instituidos*'. Es sabido que la norma contenida en la mencionada constitución fue recogida luego en el Proyecto de Apéndice de Derecho catalán de 1930 (art. 313); más tarde pasó a la CDCC de 1960 (art. 200.2), que la extendió a todos los descendientes del testador, y, finalmente, al CS de 1991 (art. 231.2), que la recogió de la misma forma que la CDCC, si bien no ha pasado al *Llibre 4t* del vigente CCCat (art. 426-31), que, de todas formas, mantiene la posibilidad de su prohibición.

Así las cosas, planteada bajo la vigencia del *Codi de Successions per causa de mort* (1991) la posibilidad de que la regulación de la cuarta trebeliánica en cuanto a la forma de prohibición por el testador —que por las razones históricas ya mencionadas ha devenido más completa en este aspecto— pudiera aplicarse por analogía (art. 4.1 del Código Civil) a la falcidia, en la STSJC 36/2010 hicimos notar que ambas instituciones tienen la misma razón de ser —motivar al heredero gravado a aceptar la herencia—, lo que, entre otras cosas, explica que el Proyecto de Compilación de 1955 se remitiese expresamente a la regulación de la trebeliánica (art. 437.2). Por ello, junto a la opinión de un sector autorizado de la doctrina (ROCA SASTRE, ROCA TRÍAS) y el criterio resultante de la escasa jurisprudencia del TS emitida en el tiempo que ostentaba plenas competencias en la interpretación del Derecho civil catalán (STS 1.ª 22 de abril de 1978), nos condujo a aceptar dicha aplicación analógica, declarando, por tanto, que la prohibición de la falcidia por el testador pueda hacerse, en general, de forma tácita, pero en todo caso mediante la utilización en el testamento —o en el heredamiento— de expresiones de significación concluyente e indiscutible, como cuando se dice que se entreguen los legados dispuestos '*sin detracción alguna*' o '*únicamente con la de determinados bienes o cantidades*' (art. 231.1 CS), o cualquier otra locución, de análogos sentido y claridad, dirigida inequívocamente a excluir o a limitar de cualquier manera las consecuencias propias de la cuarta del heredero en orden a la reducción de todos o de parte de los legados dispuestos por el testador (arts. 276 y sigs. CS).

En este sentido, en la mencionada ocasión nos planteamos expresamente el valor que debiera otorgarse, a este respecto, a la disposición del testador que, contra la regla general de raíz romana (art. 271.3 CS), se limitase a otorgar al legatario la facultad de tomar posesión por sí mismo de los legados dispuestos a su favor (art. 271.4 CS), considerada bien de forma aislada, bien de manera conjunta con la institución de heredero ordenada mediante la fórmula *en el resto* o *en el remanente* del caudal relicto, sin que, sin embargo, hubieren quedado bienes libres en cuantía suficiente para cubrir la cuota hereditaria mínima, por si tras estas disposiciones pudiera advertirse una tácita prohibición de la falcidia. Entonces, aclaramos que dicha disposición no alteraba en absoluto la preferencia de los acreedores del causante (art. 36 CS), ni la de los legitimarios (art. 373 CS) ni la del heredero gravado en más de lo obtenido *mortis causa* (art. 273 CS), por lo que tampoco podía considerarse que, a salvo de una previsión más concreta del testador, con dicha disposición quedase afectada la preferencia del heredero

—o coheredero (art. 278.1 CS)— a quien, por razón de los legados —o prelegados (art. 278.1 CS)—, no le hubiere quedado libre, al menos, una cuarta parte del activo hereditario líquido (art. 274 CS).

De cualquier manera, ya en la STSJC 36/2010 dejamos al margen el supuesto de que la prohibición de detracción de la falcidia contenida en el testamento afectare a los descendientes del causante, teniendo en cuenta que para este caso —como ya hemos dicho— el artículo 231.2 CS (art. 200.2 CDCC) impone que la prohibición de la trebeliánica se haga, siempre, *amb paraules expresses i no altrement*.

Pues bien, las mismas razones que fueron expuestas para justificar la aplicación por analogía a la cuarta falcidia de la norma contenida en el párrafo primero del artículo 231 CS, relativa a la prohibición tácita, justifican la aplicación, igualmente por analogía, de la norma contenida en el párrafo segundo del mismo precepto.

Téngase en cuenta que, atendidas las especiales características de las relaciones entre ascendientes y descendientes y las dificultades probatorias que para los ajenos a ellas podría tener el esclarecimiento de las verdaderas intenciones subyacentes en el lenguaje tácito del testador, no resulta desproporcionado exigir de este una formulación expresa de la prohibición de detraer la cuarta falcidia, porque en ausencia de la misma, solo es razonable entender que la designación del descendiente como heredero testamentario, sin otra precisión contenida en el propio testamento o deducida de una disposición de la ley (art. 278.2 CS), debe integrar, como mínimo, el contenido económico que legalmente está previsto para la cuarta falcidia.

3. Pues bien, a la vista de lo razonado hasta aquí, en el supuesto del presente recurso bastaría con considerar que el causante no dispuso en su último testamento válido la prohibición de detraer la cuarta falcidia o, al menos, de no reducir los prelegados, en la forma exigida por el artículo 274.2 CS, en relación con los artículos 278 y 231 CS, es decir, de la manera expresa requerida por su relación (padre-hija) o, a lo sumo, de cualquier otra forma concluyente o inequívoca, que fuera posible interpretar sin necesidad de acudir a elementos extra testamentarios, para entender que la recurrente, instituida heredera por partes iguales junto con sus dos hermanos, tiene derecho a detraerla con cargo a los prelegados atribuidos a estos dos, sin que para ello sea óbice que la institución de heredero se hubiera hecho en el *remanente* de los bienes, o que los prelegatarios sean igualmente hijos del testador y se les hubiere reconocido la facultad de tomar posesión por sí mismos de los prelegados.

En última instancia, no puede dejar de considerarse arbitraria e ilógica la interpretación de la voluntad testamentaria que, haciendo tabla rasa de lo que resulta del último testamento válido del causante, por el que, a raíz del reencuentro familiar y de la reconciliación entre el testador y de su hija (la recurrente), se dejó sin efecto la disposición anterior que la excluía de la herencia e, incluso, de la legítima —que decía haber sido entregada ya en vida—, para, finalmente, nombrarla coheredera y, al mismo tiempo, reconocerle plenamente sus derechos legitimarios, pretende que un cambio tan radical solo podía tener efectos en la legítima, pero no en la cuota hereditaria mínima (falcidia), plenamente compatible (art. 282.1 CS), sin explicar en absoluto la razón de dicha diferenciación, máxime cuando la posibilidad prevista en el artículo 280.2 CS permitirá a los legatarios mantener los inmuebles legados, si es su deseo, abonando en dinero el importe de la reducción, al margen de ejercer como les conviniere la defensa de sus propios intereses en la herencia de su madre, que no consta que haya sido aceptada[16].

La estimación del recurso de casación conlleva el reconocimiento del derecho de la recurrente a detraer un tercio de la cuarta parte (falcidia) del caudal relicto en la herencia de su padre, Gumersindo, el valor del cual, deducido conforme al artículo 277 CS el único pasivo conocido, integrado por las legítimas de los tres coherederos, se estima en 2.146.463,62 euros, por lo que la porción (1/12 del total) correspondiente a la recurrente se cifra en 178.871,96 euros, que deberán ser abonados, ante la ausencia de bienes libres en la herencia, con cargo a los legados dispuestos a favor de D. Carlos Antonio y D. Adriano, que deberán ser reducidos en proporción a sus respectivas valoraciones, es decir, en un 66,38% por lo que se refiere al primero de ellos, y en un 33,62%, en cuanto al segundo, sin perjuicio de su derecho a abonar la reducción en dinero (art. 280.2 CS)»[17].

En suma y como Sentencia el Profesor RAGEL «El artículo 427.22.4 del Código Civil de Cataluña consagra a nivel legal la posibilidad de que el legatario pueda tomar por sí solo la posesión del legado si el causante lo ha autorizado, si se trata de un prelegado o si el legado es de usufructo universal, así como en Tortosa si toda la herencia está distribuida en legados».

2. El artículo 38 de la Compilación del Derecho Foral de Baleares

Aplica el ordenamiento jurídico en cuestión la SAP de Palma de Mallorca, de 8 de junio de 2011, en asunto ventilado en primera instancia por el uno de los de Palma de Mallorca, estimatorio de la demanda impetrada por la hija heredera y legataria frente a su hermano. A su vez fue interpuesta apelación alegando error judicial en la valoración del material probatorio e infracción de los artículos 3, 38 y 48, entre otros de la Compilación de Derecho Foral de Baleares, recurso que no prospera por lo que se ratifica la resolución de instancia.

En aquella se declaraba que «el prelegado ordenado en el testamento de la madre de las partes litigantes es válido y eficaz; que el demandado recibió en vida de su madre su cuota legitimaria quedando por repartir los muebles que se encuentran en el interior de la vivienda legitimaria objeto de prelegado y que han sido objeto de inventario y valoración en la pericial judicial aportada en el presente procedimiento, habiendo sido valorados en 32.150 euros; dado que en el presente procedimiento no se han formado lotes en el caso de que las partes no llegaran a un acuerdo sobre dicha distribución o sobre, en su caso, su pago en metálico por parte del que finalmente se los quede, quedan reservadas las acciones necesarias para proceder a dicho reparto».

Y la Audiencia asevera «El caso de ineficacia de los legados que tenga mayor importancia, tanto teórica como práctica, vendría representado por la declaración de ser tales legados inoficiosos por atentar contra la legítima, aunque atendiendo a su objeto el legado sea perfectamente válido y no haya sido revocado, ni expresa ni tácitamente, por el testador. Para estimular la aceptación por el heredero sin la cual quedaban ineficaces los legados, la Ley falcidia (40 a.C.) reservó a aquel, como mínimo, una cuarta parte de la herencia; reserva que persistió durante la restante evolución del Derecho romano y encuentra su última regulación en el *Corpus iuris*. La quarta falcidia persiste hoy, con regulación un tanto modificada, en las Compilaciones de Cataluña y Baleares. Solo podrá detraer la falcidia el heredero que adquiera la herencia en primer lugar (arts. 226 Cataluña y 38 Baleares); para su percepción podrán ser reducidos los legados en la medida necesaria (ídem); "para la fijación de la falcidia se detraerán los gastos ocasionados por

el fallecimiento y los de inventario, así como las deudas y cargas de la herencia y las legítimas, incluso las del heredero que sea legitimario" (art. 38 Baleares y 229 Cataluña) y, "El heredero en quien concurra la condición de legitimario tendrá derecho a la cuarta falcidia, además de su legítima. El heredero fiduciario no podrá detraer sino una cuarta por falcidia y trebeliánica, constituida por la parte proporcional correspondiente a cada una de ellas" (arts. 40 Baleares y 233 Cataluña). Según la Sentencia de 22 de abril de 1978, legar unos inmuebles "libremente y sin limitación alguna" no equivale a prohibir la retención de la quarta por el heredero».

Y la resolución coincide asimismo, con la del juzgador de instancia, al afirmar «que la cuestión fundamental debatida es la de si el demandado ha recibido en vida de su madre la porción legitimaria que le corresponde, a través de la recepción del inmueble-piso del mismo edificio que el prelegado, y por el mismo valor que este (STS de 4 de 11 de 2008 *ad exemplum*). Con todo, debe formarse inventario de los bienes muebles y enseres que procedan de la herencia de su madre, en porción de ambos hermanos (SAP de 24 de septiembre de 2001), en relación con el obrante como f. 39 a 41, y reportaje fotográfico al f. 419, y 438-439 y rechazado por la actora (f. 42), valorados pericialmente (f. 517 a 530), a resolver en otro procedimiento. Y por último, establece el artículo 38 de la Compilació de Derecho Civil de les Illes Balears que: "El heredero a quien, por razón de los legados, no quede libre la cuarta parte del activo hereditario líquido, podrá, salvo disposición contraria del testador, reclamar dicha parte. A este fin se reducirán en la proporción necesaria los legados, pudiendo retenerlos el heredero hasta que aquella le haya sido satisfecha. Solo podrá ejercitar este derecho el heredero que primeramente adquiera la herencia. Si fuesen varios los herederos se calculará en proporción a sus respectivas cuotas hereditarias, teniendo en cuenta trebeliánica, en el que se procederá a la valoración de los bienes y deudas de la herencia y a la de los legados. El que no formalizare en fraude de los legatarios perderá el indicado derecho"; el artículo 39 que "Para la fijación de la falcidia se detraerán los gastos ocasionados por el fallecimiento y los de inventario, así como las deudas y cargas de la herencia y las legítimas, incluso la del heredero que sea legitimario. Los prelegados no se imputarán a la falcidia y podrán ser objeto de reducción, en su caso, como los demás legados (…)"».

3. El Fuero de Navarra en su Ley 216. *Institutio ex re certa*

Declara la Ley 216. Institutio *ex re certa*. «Si el instituido heredero en cosa determinada no concurre con otro u otros instituidos a título universal, se entenderá llamado a toda la herencia; pero si concurriere, será considerado legatario.— Cuando todos los herederos hayan sido instituidos en cosa determinada, heredarán en partes iguales, y el señalamiento de cosa determinada valdrá como prelegado».

Y si bien la jurisprudencia no es profusa, lo cierto es que sí contiene elementos de interés que ponen de relieve los presupuestos básicos de la institución.

La Sentencia más reciente del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª), es en el momento de redactar estas líneas la de 15 de enero de 2013, en la que concurre la designación del prelegado en una memoria testamentaria, perfectamente viable y documento efectivo para realizar la mencionada disposición.

Por tanto se desestima el recurso interpuesto, y en particular, sobre el prelegado, el juzgador declara: «*2. La calificación como legado de la atribución singular dispuesta en la memoria.*— La Sentencia recurrida, como la de primer grado confirmada por ella, no dudan en calificar la atribución de acciones contenida en la citada memoria testamentaria como «legado» o, más precisamente, como «prelegado» a favor del coheredero y primogénito de los hijos del testador, don Torcuato.— Tal calificación ha de aceptarse y tenerse por definitiva, no ya, o no solo, porque fue explícitamente aceptada en el cuaderno particional por quienes intervinieron en su formalización, incluidos todos los coherederos ahora litigantes, por propia convicción o en la confianza que les inspiraba su proponente, sino también y principalmente porque aquella se atiene a la voluntad del causante, a la naturaleza de la atribución patrimonial que incorpora y a la conceptuación que del legado ofrece la ley 241 del Fuero Nuevo de Navarra, sin que el recurso haya siquiera denunciado su infracción.— A tenor de la voluntad expresada por el causante en el testamento y en su última memoria testamentaria, según la interpretación que permanece incólume en casación, es claro que el demandado-recurrido don Torcuato ha sido llamado a la sucesión de aquel por un doble título, cuya concurrencia contempla la Ley 321, párr. segundo, del Fuero Nuevo de Navarra: a «título universal», en su condición testamentaria de heredero, en igualdad con todos sus hermanos, y a «título singular», en la condición complementaria de legatario de las acciones que la memoria testamentaria disponía fueran para él; condición esta segunda que confería al beneficiario una pretensión autónoma para su reclamación, que no tuvo la necesidad de formular al haberle sido reconocida en la partición».

De modo que «la atribución singular de las acciones contenida en la memoria testamentaria responda al propósito del causante de cumplir el designio de sus antepasados en relación a los bienes inmuebles que las sustentan en nada obsta a su calificación como legado o prelegado pues la liberalidad definitoria de esta institución es compatible con cualquier móvil o motivo subjetivo que pudiera haberla inspirado» y «no habiendo prosperado la interpretación que propugnaba el carácter particional de esta atribución, a reserva de la compensación a los coherederos del exceso de valor que las acciones representaban sobre el valor correspondiente a la porción hereditaria de su destinatario, procede mantener su calificación como legado (o prelegado) que, por cierto, constituye la premisa jurídica de los motivos primero a cuarto y sexto del recurso de casación y la de las pretensiones formuladas con carácter principal en la demanda, impugnatorias de la partición realizada en cumplimiento de la memoria de constante mención».

En su momento, en el Comentario al contenido del tenor literal de la Ley, la Profesora EGUISQUIZA BALMASEDA, sistematizaba la interpretación del precepto enumerado en tres supuestos a los que da lugar la norma. A saber, la institución en cosa determinada o usufructo; el caso en que los anteriores concurran con instituidos a título universal y, por último, la institución, que a nuestros efectos interesa, es decir el prelegado. Aclara sobre este tercer supuesto que se trata de la «concurrencia de varios instituidos en cosa cierta o de varios usufructuarios que lo sean en cosa cierta, cuota o toda la herencia, o de estos y aquellos entre sí. En tales casos (…) se tendrá por prelegado debiendo recibir todos por igual del caudal relicto»[18].

Otro pronunciamiento destacable es el recogido en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, (Sala de lo Civil y Penal) de 20 de septiembre de 1997. En ella, el Ponente tras exponer alguno de los razonamientos de las partes, da cuenta del presupuesto controvertido en que en el primer motivo del

recurso se denuncia infracción por aplicación indebida de las Leyes 300 y 216 en relación con la 176, y por inaplicación de la Ley 241. Consecuencia directa es que en la instancia previa se ordena abrir la sucesión legal respecto de los bienes privativos del causante.

Por su parte, a juicio del demandante la apertura de la sucesión legal conculca la voluntad del testador por cuanto contiene una institución de herederos en bienes ciertos y determinados.

Por tanto el planteamiento de la causa, es el siguiente: «en el motivo dos distintos problemas, referido el uno a la interpretación de la voluntad del testador, —cita por la parte recurrente de la ley 176 de la Compilación navarra, y otro que realmente afecta a la interpretación de las Leyes 300 y 216 que se dicen infringidas—, en cuanto lo que se propone es determinar el sentido y alcance de la expresión «institución de heredero en cosa cierta y determinada», poniéndolo en relación con el tenor literal de la cláusula a la que se refiere la controversia».

En este punto el juzgador recuerda que «la institución de heredero en cosa cierta que en Derecho Romano, como consecuencia derivada de la tesis de la incompatibilidad entre la sucesión testada y la intestada, conforme a numerosos textos, puede citarse como ejemplo Digesto 28.5.1.4.º, comportaba la consecuencia de tener al así instituido como heredero universal, ha sido considerada en similar sentido en ordenamientos jurídicos en dicho Derecho inspirados, cabe citar como ejemplo las Compilaciones catalana y balear y, como más adelante se razonará, la del Derecho Civil navarro en un sistema mixto; consideración que por el contrario han rechazado otras como el Código Civil español (no parece inoportuno consignar que aquella consideración fue recogida en Las Partidas, Ley 14, Tít. III, Partida 6.ª) que en su artículo 768, en concordancia con lo que disponía el 628 del Proyecto de 1851, previene que «El heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario», si bien no está de más expresar que una gran parte de la doctrina patria y la propia del Tribunal Supremo, Sentencia de 9 marzo 1993, se inclinan por considerar que el referido precepto tiene un carácter interpretativo, no imperativo, y contiene una presunción *"iuris tantum"*».

Y prosigue: «Como ya se ha indicado el Fuero Nuevo de Navarra establece en esta materia un sistema mixto, así resulta de las citadas y antes transcritas Leyes 300 y 216, no son en modo alguno incompatibles las fórmulas de sucesión testada e intestada, pero sí acoge en esencia la figura de la institución de heredero en cosa cierta y determinada con consecuencias análogas a las que tenía en el Derecho Romano que es, junto a otros ordenamientos históricos, un factor preferente para la interpretación e integración de las leyes de la Compilación Foral, según previene su ley primera.

En buena lógica, «es de concluir, en primer término que la institución de heredero en cosa determinada comprende la institución en un conjunto especificado de cosas en cuanto cumple los requisitos de esa institución, llamamiento a título universal y atribución de una cosa singular o una suma de cosas.— Establecida la precedente conclusión, en relación con el supuesto concreto que se plantea en este recurso, debe entenderse que las antes transcritas disposiciones testamentarias del causante constituyen una institución de herederos en cosa determinada en el sentido que a la misma debe darse el Derecho Civil propio de Navarra, porque a esa tesis no puede ser obstáculo el que la institución lo sea en una cuota «de uno o varios grupos de bienes del causante» cuando la tan repetida Ley 216 del Fuero Nuevo prevé sin más distinciones el supuesto de que «todos los herederos hayan sido instituidos en cosa determinada» caso en el que todos «heredarán

en partes iguales» lo que debe entenderse comprensivo de aquel en que la institución sobre «cosa determinada» se efectúe por cuotas, y también de que, con igual distribución por cuotas, iguales o desiguales, comprenda no solo una cosa o bien determinado, sino un conjunto o grupo de cosas o bienes determinados, debiendo entenderse que la expresión «determinada» comprende lógicamente la de «determinable» como, en relación con la de «precio cierto», tiene declarado reiteradamente el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 21 de marzo de 1989, 15 de noviembre 1993, 19 de junio y 2 de noviembre de 1995, 14 de junio y 7 de noviembre de 1996 y 5 de marzo de 1997 entre otras muchas, siempre que esa posterior determinación pueda efectuarse sobre puntos de referencia, criterios o previsiones objetivas que la permitan sin necesidad de nuevos acuerdos, tesis esta que no solo se mantiene en relación con el «precio cierto» sino también, según la última de las Sentencias citadas, en lo que afecta al concepto de «cosa determinada» en interpretación de la expresión que se contiene en los artículos 1273 y 1445 del Código Civil; por cuanto se lleva expuesto debe acogerse este primer motivo del recurso, en el sentido estricto de *declarar improcedente la apertura de la sucesión legal del causante en cuanto afecta a sus bienes originariamente privativos*, es decir, aquellos que fueron de su propiedad desde su adquisición, sin comprender los que se le adjudicaron en la liquidación de conquistas de su primer matrimonio ni los que puedan corresponder a su herencia en la liquidación del segundo, *pues lo que procede, en cuanto a aquellos bienes se refiere es que, al contener el testamento institución de herederos en cosa determinada, el señalamiento de las cosas, grupos de cosas, determinadas, valen como prelegados* y el resto de la herencia, bienes sobre cuyo destino no hay disposición testamentaria expresa, han de distribuirse entre todos los herederos instituidos por partes iguales como ordena la ley 216 del Fuero Nuevo de Navarra, no existe pues la duda que la parte recurrida plantea en su escrito de impugnación en el sentido de que al llegar a la indicada solución «habría que determinar también (si) los bienes no testados se incluyen en el apartado a) o en el b) de la cláusula 4.ª» pues esa determinación es innecesaria en cuanto es la propia norma legal la que ordena que la distribución de los bienes de la herencia de los que el testador no dispuso se distribuyan por partes iguales entre todos los herederos instituidos».

Por su parte la Sentencia de Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2.ª), de 20 de noviembre de 2006, revoca la de primera instancia que acogía la declaración de nulidad del testamento, el allanamiento del demandado y, en apelación procede la apertura de la declaración de herederos ab intestato. Y la fundamental causa «en relación con las alegaciones que se vierten en el recurso que analizamos, conviene precisar, a juicio de la Sala, las siguientes consideraciones: a) Conforme a la Ley 300 Fuero Nuevo pueden coexistir la sucesión legal y la voluntaria, salvo el supuesto previsto en la Ley 216 Fuero Nuevo, en cuyo caso no tendrá lugar la apertura de la sucesión legal.— En el caso presente no hubo por parte de D. Clemente o de su esposa Dña. Mari José institución de heredero, al margen de la premoriencia de la única hija de ambos y tampoco se hizo uso de la prevención, que a tal efecto, hacía la escritura de donación *«propter nupcias»* y de capitulaciones, a favor de los dos parientes consanguíneos más próximos»[19].

Por su parte, y en cuanto atañe a La denegación de entrega de legado de cosa específica del testador, el Profesor RAGEL niega rotundamente que el legatario sea propietario desde la muerte, del causante, sino que lo que ostenta es un derecho de crédito frente a los herederos del causante.

En el supuesto específico de inclusión testamentaria de la institución del prelegatario ha de tenerse en cuenta algunos aspectos relevantes. Así «El gravado

es la persona encargada de entregar el legado por el testador y, a falta de ese encargo, serán gravados todos los herederos», si bien concurriendo una pluralidad de herederos y el causante en su acto de últimas voluntades «no ha conferido la obligación de entregar a uno o varios de ellos, o al albacea, todos los herederos deberán realizar la entrega, incluso en el caso de prelegado, como declara la RDGRN de 4 de julio de 2014, con cita de la RDGRN de 25 de septiembre de 1987».

4. El nuevo Código del Derecho foral de Aragón

En cuanto al sistema previsto en el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, dice su artículo 319 sobre los «Sucesores por causa de muerte»: 1. Los llamamientos sucesorios pueden realizarse a título universal o particular; en los primeros se sucede en la totalidad o en una parte alícuota del patrimonio del fallecido, mientras que en los segundos se sucede en bienes o derechos determinados. 2. Los sucesores por causa de muerte pueden ser herederos, legatarios o sucesores a título particular por disposición legal. 3. Es también legatario quien recibe del disponente algún derecho que no forma parte de la herencia.

Y por supuesto también da lugar a litigios, en este caso baste remitirse a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, de 30 de noviembre del año 2015, que desestima la apelación y confirma la Sentencia de instancia toda vez que si bien «insiste la recurrente en que la finca litigiosa, sita en el término municipal de Amposta, sea incluida en el inventario de la herencia de su madre, petición que ha ido rechazada en primera instancia. Examinados los autos, consideramos que ninguna crítica merece la decisión de la Sra. Juez, la cual, a diferencia de la apelante, ha tenido en cuenta que la legítima en el Derecho Aragonés tiene carácter de colectiva, lo cual implica, como señala el artículo 486 del Código de Derecho Foral, que puede distribuirse entre todos o varios de los descendientes, así como atribuirse a uno solo de ellos, de modo que las disposiciones testamentarias de la causante, de las que resulta que el inmueble litigioso era prelegado a una de sus dos hijas, siendo seguidamente ambas nombradas herederas por iguales partes en el remanente de los bienes, derechos y acciones de la disponente, en absoluto perjudican la legítima, ya que, aun considerando que el único bien de la herencia de la madre de las litigantes fuera la tan mencionada finca (ya que los demás bienes y derechos, esto es, el otro inmueble y los saldos bancarios, quedaron excluidos del inventario sin que ninguna de las partes haya impugnado dicho pronunciamiento), ha sido voluntad de la finada atribuírselo a una sola de las legitimarias tal y como permite el precitado artículo 486, todo lo cual debe conducir a la desestimación del recurso.

A mayor abundamiento, la Sentencia Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal (Sección 1.ª) de Aragón, de 29 de septiembre de 2014, desestima el recurso de casación «autonómico» aseverando:

«El artículo 365 regula el derecho a la división de la herencia, así como la prohibición o el pacto de indivisión. Y no puede haberse infringido puesto que no ha sido aplicado ni viene al caso. De hecho, en el desarrollo del motivo no se nos dice en qué consiste la vulneración, ni tampoco la de los artículos 477 y siguientes, lo que bastaría para desestimar el motivo. Añadiremos, no obstante, que lo que se plantea por la recurrente es la improcedencia de pagar el legado en tanto la herencia no haya sido repartida, con apoyo en una Sentencia de la

Audiencia Provincial de Córdoba de 4 de marzo de 2013 que expresa que es precisa la previa liquidación y partición de la herencia para poder entregar el legado. Esto tampoco podría aceptarse. Primero, porque no tiene en cuenta hechos que se declaran probados en las Sentencias (los cuatro hijos aceptaron mediante escritura notarial la herencia de su madre, al mismo tiempo se procedió a la división y expresamente asumieron la obligación establecida en la cláusula tercera, es decir, el pago de la renta mensual a la demandante) sin plantear el motivo procesal correspondiente. Segundo, porque la razón que inspira esa Sentencia de Córdoba es la salvaguarda de los derechos de acreedores y legitimarios. Pero esto no se alega siquiera por la recurrente (mal podría hacerlo dado el sistema de legitima colectiva que rige en Aragón y tratándose de un prelegado ordenado en favor de una de las hijas). Lejos de ello, su alegato discurre en torno a la afirmación, ya expresada en la contestación a la demanda, de que mientras no se proceda al reparto del haber hereditario (parece que quiere decir mientras no se proceda a la propia división de lo que se adjudicaron en proindiviso) no es posible conocer si las cantidades reclamadas fueron retiradas indebidamente por la actora, de cuentas comunes pertenecientes a la herencia».

V. CONCLUSIONES

I. La institución del prelegado implica que el heredero puede adquirir como legatario bienes en la sucesión de su causante, con la lógica consecuencia de que a cada llamamiento le serán aplicables las particularidades de la adquisición a título universal o a título singular.

II. El prelegado se trata de una disposición testamentaria, mediante la que el heredero ostenta un doble título de adquisición (*iure legati*) autónomo e independiente de su condición de heredero (*iure hereditatis*).

III. El funcionamiento de la aceptación o renuncia de la herencia y legado es autónomo e independiente entre sí, si bien este régimen es disponible por el testador, de modo que cabe la posibilidad de que el causante ordene lo contrario.

IV. El prelegado solo es posible en la sucesión testamentaria, donde sigue primando la absoluta libertad del causante, por lo que el régimen jurídico aplicable será en primer lugar el ordenado por el testador, siempre y cuando en las disposiciones *mortis causa* respeten las normas esenciales e indisponibles del sistema sucesorio, como sucede con la intangibilidad de la legítima.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA (1998). Comentarios a la Sección 10.ª del Código Civil, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* Albaladejo y Díaz Alabart, dirs., Madrid, 2.ª ed.

ASÚA GONZÁLEZ, GALICIA AIZPURUA, GIL RODRÍGUEZ, HUALDE SÁNCHEZ e IMAZ ZUBIAUR (2011). *Estudio sobre Derecho sucesorio vasco. Bases para un nuevo régimen,* Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibersitatea, Argitalpen Zerbitzua-Servicio Editorial, Bilbao.

BOSCH CAPDEVILA (2009). La Compilación del Derecho civil especial de Cataluña: génesis, significado y ¿defunción?, *Ivs Fvgit*, 16, pp. 181 a 196.

CLEMENTE DE DIEGO (1927). *El prelegado en el derecho romano y en el derecho moderno*: discurso leído por el Presidente Excmo. Señor Don Felipe Clemente

de Diego, en la sesión inaugural del curso 1927-28 celebrada el 14 de diciembre de 1927. Madrid.
CUADRADO IGLESIAS (2003). Responsabilidad por razón de legados, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo,* Tomo IV, 1.ª ed., Madrid, 5177 y sigs.
FERRER VANRELL y MUNAR BERNAT (2002). *Legislación Civil Balear. Compilación del Derecho Civil de las Illes Balears y Ley de Parejas Estables*, Universitat de les Illes Balears y Parlament de les Illes Balears, Palma.
FERRER VANRELL (coord.) (2004). *Lecciones de Derecho Civil Balear,* Universitat de les Illes Balears, Collecciò Materials Didàctics, 82, Palma, 3.ª ed.
GARRIDO MELERO (2009). *Derecho de Sucesiones. Un estudio de los problemas sucesorios a través del Código Civil y del Código de Sucesiones por causa de muerte en Cataluña*. Tomo primero. La planificación sucesoria. Barcelona, 2.ª ed. 497 y sigs.
GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ (2009). Comentarios a la Sección 10.ª del Código Civil. En *Comentario al Código Civil,* Bercovitz Rodríguez-Cano coord., Pamplona, 3.ª ed., 1030-1067.
GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ (1996). *El prelegado: un problema de concurrencia de títulos sucesorios,* Comares, Granada.
HERNÁNDEZ GIL (1984). Notas sobre el prelegado de usufructo con heredero único, *Diario La Ley*, tomo 4, 15637, 1052.
LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA (1992). *Elementos de Derecho Civil,* V, *Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1988 (reimpresión).
LASARTE ÁLVAREZ (2015). *Principios de Derecho Civil,* VII, *Derecho de Sucesiones*, Madrid, 10.ª ed.
LLEDÓ YAGÜE (1991). *Derecho de sucesiones. La adquisición de la herencia y la sucesión testamentaria.* Vol. II. Prólogo de Vallet de Goytisolo. Segunda parte, Universidad de Deusto, Bilbao (hay nueva edición).
MORETÓN SANZ (2013). La disposición del crédito hecha por el testador mediante legado: cláusulas testamentarias y legado de liberación o perdón de una deuda, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* número 725, 1695-1707.
— (2010). Cuestiones sobre las deudas del causante y el especial supuesto de la responsabilidad del comprador de cuota hereditaria, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* número 716, 3174-3186.
SÁNCHEZ CALERO (1991). Comentario al artículo 890, *Comentario del Código Civil.* Tomo I, Dirs. Paz-Ares-Díez-Picazo-Bercovitz-Salvador Coderch. Madrid, 2170.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 14 de febrero de 1989
- STS de Justicia de Aragón (Sala de lo Civil y Penal) (Sección 1.ª), de 29 de septiembre de 2014
- STS de Justicia de Cataluña (Sala Civil y Penal), de 16 de enero de 2012
- STS de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal), de 31 de enero de 2011
- STS de Justicia de Navarra, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª), la de 15 de enero de 2013
- STS de Justicia de Navarra, (Sala de lo Civil y Penal) de 20 de septiembre de 1997
- STS de Justicia de País Vasco, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª), de 18 de marzo de 2013

- SAP de Huesca, de 30 de noviembre del año 2015
- SAP de Madrid (Sección 9.ª), de 26 de septiembre de 2011
- SAP de Navarra (Sección 2.ª), de 20 de noviembre de 2006
- SAP de Palma de Mallorca, de 8 de junio de 2011

NOTAS

[1] Para GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, el prelegado o «legado hecho a favor del heredero», señala que está previsto explícitamente en el Derecho foral o especial de Cataluña, Navarra y Baleares «e implícitamente en el del Código Civil para el heredero (testamentario o *ab intestato*) incluso cuando hay un único heredero (arts. 890. II y 821), según la doctrina (DE LOS MOZOS, *ADC*, 1962, pp. 909 y 910) y la jurisprudencia (SSTS de 1 de febrero de 1907, 2 de marzo de 1935, 14 de febrero de 1989, 18 de julio de 1998». En este caso existe una concurrencia de títulos sucesorios autónomos (universal el uno, particular el otro) lo que supone, entre otras consecuencias, la independencia en la aceptación o repudiación del legado y la herencia (art. 890.II, incluso pudiendo aceptar el legado y repudiar la herencia deficitaria o con cargas, y viceversa, todo ello si no consta la voluntad contraria del testador); la subsistencia del legado aun si se invalida la institución de heredero (pues el legado le corresponde al heredero como legatario no solo si adquirió la cosa *ipso iure,* sino también en los legados de eficacia obligacional o diferida); la posibilidad de liquidar el legado sin necesidad de concluir el inventario en caso de aceptación a beneficio de inventario; la aplicación de lo regulado en los artículos 1008 y 1029, y la posibilidad de someter el prelegado a condición o término (SÁNCHEZ CALERO, *Comentario*, 2.ª ed., 1993, p. 2177 y la doctrina que cita; ALBALADEJO, *Comentarios,* 2.ª ed., 1998, pp. 474 a 476). [(2009), en su Comentario al artículo 890 del Código Civil, *Grandes Tratados. Comentarios al Código Civil*, Navarra].

[2] *Vid.,* sobre ambos preceptos los análisis de ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. Comentarios a la Sección 10.ª del Código Civil. En *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* Albaladejo y Díaz Alabart, dirs., Madrid, 1998, 2.ª ed.; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio. Comentarios a la Sección 10.ª del Código Civil. En *Comentario al Código Civil,* Bercovitz Rodríguez-Cano coord., Pamplona, 2009, 3.ª ed., pp. 1030-1067 y SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier. Comentario al artículo 890. En *Comentario del Código Civil.* Tomo I, Dirs. Paz-Ares-Díez-Picazo-Bercovitz-Salvador Coderch. Madrid, 1991, p. 2170.

[3] Prosigue la Resolución: «En el caso, la comisaria en ejercicio legítimo del poder conferido por su difunto marido en la cláusula primera de su testamento instituyó y nombró único y universal heredero a su hijo D. Juan Antonio (sustituido vulgarmente por sus descendientes) apartando, expresamente, a sus nietos D.ª Serafina y D. Pío (y a los descendientes de estos). Constituye por tanto un hecho (que los recurrentes tampoco han discutido en ningún momento) que D.ª Serafina y D. Pío no ostentan la condición de herederos.— Pues bien, conforme a lo argumentado con anterioridad, la consecuencia necesariamente derivable de dicho hecho es que tampoco pueden ostentar la de prelegatarios.— En definitiva, el modo en que la comisaria hizo uso del poder que le había conferido su marido en la cláusula primera de su testamento supuso —al contrario de lo que presupone la tesis de la parte recurrente, que lo considera, como hemos dicho, plenamente efectivo— la inefectividad del prelegado establecido por aquel en la cláusula segunda».

[4] *El prelegado en el derecho romano y en el derecho moderno*: discurso leído por el Presidente Excmo. Señor Don Felipe Clemente de Diego, en la sesión inaugural del curso 1927-28 celebrada el 14 de diciembre de 1927. Madrid, 1927, pp. 39 y sigs.

[5] La diáfana claridad del Profesor ALBALADEJO no deja lugar a dudas: «No hay necesidad de entrar aquí en el tema del prelegado, o legado a favor de un heredero, que tanta tinta ha hecho correr. Sea de ello históricamente lo que sea, hoy hasta lo admite expresamente el Código de sucesiones catalán en su artículo 257 diciendo que: 'El coheredero o el heredero, únicos favorecidos con algún legado, lo adquirirán íntegramente a título de legatarios y no de herederos, aunque el testador lo haya impuesto determinadamente

a cargo de ellos mismos'. Y lo admiten también la Compilación balear, artículo 151, y el Fuero Nuevo navarro, ley 216.2.°. Y con más razón o, en el peor de los casos, con tanta, por lo menos, hay que entender que lo admite el Código. Bastando decir que puesto que el artículo 890.2.º parte de la base de que el heredero puede ser al mismo tiempo legatario, es indudable que para nuestro Código tal cosa es posible, por lo menos en principio, luego que en principio, por lo menos, es válido el prelegado, y que el llamado a la vez a la herencia y a un legado puede aceptar o repudiar ambos o uno sí y otro no, y suceder como heredero, en la herencia, y como legatario, en el bien legado. Todo eso lo mismo si es coheredero juntamente con otros, que si es heredero único, puesto que el artículo no distingue, razón por la que no es lícito reducir su sentido al caso de que se deje un legado a un coheredero, excluyendo que pueda tomarlo como legatario si es heredero único» (*op cit.*). Se suma a esta intelección LLEDÓ YAGÜE [*vid., Derecho de sucesiones. La adquisición de la herencia y la sucesión testamentaria.* Vol. II. Prólogo de Vallet de Goytisolo. Segunda parte, Universidad de Deusto, Bilbao, 1991 (hay nueva edición), p. 593] y, por todos, el Profesor LASARTE ÁLVAREZ (*vid., Principios de Derecho Civil,* VII, *Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2016, 10.ª ed., p. 160 y bibliografía citada).

[6] Ibídem.

[7] Es el caso ventilado por la STS de 14 de marzo de 1988 siendo Ponente MORALES MORALES, si bien el objeto de la litis era la impugnación por parte del hijo varón, frente a sus dos hermanas, el testamento de la madre, que había dispuesto la transmisión bajo la forma de prelegado y por partes iguales entre sí de la Fábrica de Champagne Torre Blanca. No prospera la demanda en ninguna de las dos instancias, ni en casación, ya que la pretensión del hijo de ser el beneficiario de la industria de vinos de cava, por lo que el testamento no es revocado ni cobra vigencia el precedente depuesto por la madre en que sí legaba íntegramente dichas bodegas, terrenos y demás elementos anejos a ellas.

[8] Cuando el testador grave con un legado a uno de los herederos, él solo quedará obligado a su cumplimiento.— Si no gravare a ninguno en particular, quedarán obligados todos en la misma proporción en que sean herederos».

[9] *Vid.,* DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho civil*. Volumen IV (tomo 2) Derecho de sucesiones. Madrid, 2012, 11.ª ed., p. 131.

[10] «El prelegado, en fin de cuentas, no es en sí mismo más que un legado a favor del heredero y cuya prestación o gravamen pese sobre el mismo en todo o en parte (…) ha su virtud concurrían en un mismo sujeto la cualidad de heredero y de legatario y la de favorecido u honrado y gravado a un mismo tiempo con su prestación» (CLEMENTE DE DIEGO, *op. cit.,* pp. 45 a 46).

[11] Esta STS de 14 de febrero de 1989, siendo Ponente MORALES MORALES, desestimatorio del recurso de casación interpuesto, advierte que «en el testamento que rige la sucesión de la precitada doña Estela, sin perjuicio de la legítima que en usufructo vitalicio corresponde al esposo don Marcelino, expresamente nombra e instituye herederos de todos sus bienes, créditos, derechos y acciones, presentes y futuros, entre otros, a dichos demandantes, incluso con reconocimiento de derecho de representación en sus derechohabientes y por estirpes; y sin que a ello obste que se asignen cuotas de participaciones hereditarias a los referidos herederos instituidos voluntariamente por vía de legado, ya que esa circunstancia, según se deduce de los términos del artículo 891 del Código Civil, no desvirtúa el carácter de heredero voluntariamente designado, sino simplemente *el que las deudas y gravámenes de la herencia hayan de distribuirse entre los legatarios en proporción de las respectivas cuotas cuando el testador no hubiera dispuesto otra cosa*, viniendo a significar, en definitiva, una situación de prelegado, en tradición de Derecho Romano, estimante de compatibilidad entre las cualidades de heredero y de legatario, *al no considerarse en la doctrina moderna que frente al legatario exista una persona distinta que, como heredera, haga entrega del legado*, de tal manera que el prelegado no difiera, en definitiva, del legado común, *y el heredero lo percibe con entera independencia de lo que le corresponde a título de herencia* (…)».

[12] *Vid.,* LACRUZ BERDEJO, José Luis-SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Elementos de Derecho Civil,* V, *Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1988 (reimpresión 1992), p. 314.

[13] Sobre estos aspectos, *vid.,* MORETÓN SANZ, M.ª Fernanda. Cuestiones sobre las deudas del causante y el especial supuesto de la responsabilidad del comprador de cuota

hereditaria. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* número 716, pp. 3174-3186 y la bibliografía allí citada.

[14] *Vid.,* también BOSCH CAPDEVILA, Esteve. «La Compilación del Derecho civil especial de Cataluña: génesis, significado y ¿defunción?». En *Ivs Fvgit*, 16, 2009, 2010, pp. 181-196; GARRIDO MELERO, Martín. *Derecho de Sucesiones. Un estudio de los problemas sucesorios a través del Código Civil y del Código de Sucesiones por causa de muerte en Cataluña*. Tomo primero. La planificación sucesoria. Barcelona, 2009, 2.ª ed., pp. 497 y sigs.

[15] Y en cuanto al tenor literal del citado artículo 427-5, sobre el *Prelegado* dice: «El coheredero o el heredero único favorecido con algún legado lo adquiere íntegramente a título de legatario, y no de heredero, aunque el causante lo haya impuesto determinadamente a cargo de él mismo, sin perjuicio de la facultad que el artículo 464-6.1 reconoce a los coherederos».

[16] *Vid.,* también del mismo ponente, la STS Justicia de Cataluña, de 31 de enero de 2011.

[17] Concluía y llegaba a término CLEMENTE DE DIEGO el discurso ante la REJL con las palabras siguientes «ya se comprende cómo en el Derecho moderno, contra lo que el romano disponía, el prelegado es válido por entero y su título es distinto del de herencia, y en esta razón ya no se tendrán lugar muchas de las consecuencias que en Derecho romano producía. Su cómputo por parte de la ley Falcidia, pasó a la historia con esta; su retención por entero en la restitución fideicomisaria, salvo voluntad en contrario del testador, es cosa evidente en el Derecho moderno; excluido el derecho de acrecer a favor del colegatario extraño por aquella razón que le haría factible en el Derecho romano, ya que ahora el prelegatario no adquiere ninguna parte del *relegado jure* hereditario y por este concepto ya nada caduca ni queda vacante. El prelegado puede imputarse en pago a la legítima, al tenor de lo dispuesto en el artículo 815 de nuestro Código, ya que según él, el heredero forzosa a quien a haya dejado el testado por cualquier título (también por legado) menos de su legítima podrá pedir el complemento de la misma. Puede ser obligado a colacionar si así lo dispone el testador, y podrá ser reducido o anulado el legado en cuanto lesione la legítima de los otros herederos (arts. 1037, 820… Código Civil español) *op. cit.,* pp. 131-132.

[18] *Vid.,* EGUISQUIZA BALMASEDA (2002). Comentario al artículo 216, *Comentarios al Fuero Nuevo Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra,* RUBIO TORRANO (dir.), ARCOS VIEIRA (coord.), Navarra, pp. 626 y sigs.

[19] Concluye en este punto que «Hemos de coincidir con la parte apelante que, con los elementos de prueba obrantes en este pleito, la sola referencia a la tan repetida escritura pública de donación «*propter nupcias*» y capitulaciones, de fecha 28 de enero de 1944, no es suficiente para considerar suficientemente acreditada la renuncia de D. Rubén a los derechos que pudieran corresponderle en la casa paterna, ya que a dicha escritura no compareció el citado, recogiendo tan solo las manifestaciones de terceros, y tampoco consta que con posterioridad ratificara D. Rubén tal renuncia». En definitiva, estima parcialmente el recurso, ampliando la declaración de herederos legales.

1.5. Obligaciones y Contratos

La buena fe contractual como límite a las cláusulas suelo en contratos de préstamo a empresarios

Good faith as limit of floor clauses in business to business loans

por

BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO

Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Civil y
Directora Académica del Máster Universitario en Asesoría Jurídica de Empresas
Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)

RESUMEN: En este trabajo se analiza el régimen de control de las cláusulas suelo en el marco de contratos de préstamo con empresarios o no consumidores. A partir del análisis de la doctrina del Tribunal Supremo contenida especialmente en la Sentencia de 3 de junio de 2016 y con referencia a la Sentencia de 9 de mayo de 2013, se hace un estudio del alcance del principio de buena fe como criterio y límite de las condiciones generales de los contratos, tratando de dar con una solución general para la protección de todo adherente, sea consumidor o no consumidor, respecto a este tipo de cláusulas.

ABSTRACT: This paper analize the control of general clauses regulation, particularly about floor clauses, in the business to business loans. Based on an analysis of the doctrine of the Supreme Court contained especially in the sentences of the 3rd June 2016 and the 9th may 2013, this is a study about the scope the good faith principle as criterion and limit of the general conditions in the contract, trying to come up with a general solution that protects all adherent (consumers or businessmen) with respect to this kind of clauses.

PALABRAS CLAVE: Cláusula suelo. Préstamos entre empresarios. Buena fe. Control de transparencia. Control de incorporación.

KEY WORDS: Floor clause. Business to business loans. Good faith. Transparency control. Incorporation control.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. PREVISIONES DE LA LCGC ACERCA DE LAS CONDICIONES GENERALES EN CONTRATOS CON EMPRESARIOS.—III. LA STS DE 3 DE JUNIO DE 2016 Y EL CONTROL DE CLÁUSULAS SUELO EN PRÉSTAMOS A EMPRESARIOS: 1. Aplicación del control de transparencia a adherentes no consumidores. 2. La buena fe como criterio de control

Y DE INTERPRETACIÓN DEL CONTENIDO DE LOS CONTRATOS.—IV. CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO EN PRÉSTAMOS A EMPRESARIOS.—V. CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

En los últimos años se han puesto de manifiesto ciertas prácticas por parte de las entidades bancarias en relación con ciertos contratos o productos financieros, que se han evidenciado como injustas o abusivas por los graves efectos que esas prácticas causaban en familias y pymes; consecuencia de ello han surgido constantes demandas sociales que instaban a un cambio, a una protección y a una calificación de esas situaciones como abusivas e injustas, abogando en la mayoría de los casos por su nulidad.

Una de las polémicas que aún hoy sigue siendo objeto de constantes resoluciones judiciales, no siempre unívocas y en muchos casos objeto de críticas y motivo de intenso debate doctrinal, es el de las cláusulas suelo; cláusulas contenidas en créditos o préstamos a interés variable pero que fijan un tipo mínimo de interés para ese contrato, de modo que, pese a que los tipos de interés bajen, esa bajada no se trasladará a ese deudor, debiendo soportar ese mínimo que actúa ya como un tipo fijo.

En relación con las cláusulas suelo una Sentencia clave ha sido la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante STS) núm. 241/2013, de 9 de mayo, que acuñó un nuevo control de transparencia ligado al conocimiento efectivo por parte del cliente bancario de la carga real asumida al prestar el consentimiento a ese préstamo con una cláusula suelo. Y tras esta Sentencia se han dictado otras nuevas por nuestro Alto Tribunal reiterando o matizando esa doctrina en algunos aspectos (así, entre otras, SSTS de 16 de julio de 2014, 8 de septiembre de 2014 y 24 y 25 de marzo de 2015). Con estas resoluciones, y especialmente con la de 9 de mayo de 2013, el Tribunal Supremo ha venido a vincular ese control de transparencia al control de abusividad de cláusulas que definen el objeto principal del contrato. Ahora bien, ese carácter abusivo solo se predica de las cláusulas suelo que vulneran ese control en el caso de que el prestatario sea un consumidor; la abusividad de una cláusula solo es predicable en el caso de que la misma afecte a consumidores. Y como ha dejado bien claro nuestro Tribunal Supremo recientemente en la STS núm. 367/2016, de 3 de junio, además de que el carácter de abusivas de dichas cláusulas y las previsiones de nuestro ordenamiento en relación a esa abusividad no son aplicables a contratos en los que el afectado sea un no consumidor (empresario, profesional, autónomo, pymes…, en adelante, por claridad utilizaremos para referirnos a todos ellos y a los no consumidores en general el término «empresario»), ese control de transparencia creado con la STS de 9 de mayo de 2013 tampoco es aplicable a los empresarios.

En este trabajo se tratará de exponer la situación actual en relación a las cláusulas suelo en contratos entre empresarios o no consumidores, a raíz de esta STS de 3 de junio de 2016, cuyo análisis crítico realizaremos.

II. PREVISIONES DE LA LCGC ACERCA DE LAS CONDICIONES GENERALES EN CONTRATOS CON EMPRESARIOS

La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante LCGC), pone el centro de su ámbito subjetivo de aplicación en el concepto de «adherente»: parte del contrato que se adhiere, acepta sin ningún tipo de negociación, una serie de condiciones generales en un contrato, impuestas por la otra parte contratante (cfr. art. 2 LCGC[1]).

Esta norma se aplica tanto a consumidores como a no consumidores: en la exposición de motivos de la LCGC se advierte de que las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de estos con los consumidores; y, en uno y otro caso, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o —en ciertos casos de contratación no escrita— exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez.

En cuanto el adherente sea consumidor, en este caso sí que se exige que, además, esas condiciones generales no sean abusivas; es decir, ya en la exposición de motivos de la LCGC se advierte de que el concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores, pudiendo darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse (en definitiva, siempre que no haya existido negociación individual)[2].

Pero ¿y en caso de adherentes no consumidores? ¿cabría apreciar en algún caso una situación de abuso en cláusulas predispuestas en contratos a los que simplemente se han adherido? Conforme a la exposición de motivos de la LCGC sí podría apreciarse en las condiciones generales entre profesionales alguna situación de abuso de una posición dominante, pero se advierte de que en estos casos habría que atender a las normas generales de nulidad contractual: «Nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios. Pero habrá de tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas». Atendiendo a esta exposición de motivos (con la alusión al control de un abuso de posición dominante) *a priori* podría plantearse la posibilidad de un control por abusividad también en la contratación entre empresarios, pero lo cierto es que en el articulado de la LCGC no se desarrolla tal idea ni se ve apoyada de ningún modo; podría plantearse acudir como apoyo al Código Civil como norma general y así poder amparar ese control de las cláusulas generales entre empresarios en los artículos 1255, 1256 y 1258 del Código Civil[3], aunque se trata de normas vinculadas a la contratación negociada, y lo ideal es que hubiera una norma expresa en la LCGC o en otra norma que desarrollara esa idea de la exposición de motivos de la LCGC en relación directa con la contratación con condiciones generales entre empresarios.

Las previsiones de la LCGC en el marco del control de las condiciones generales predispuestas (dentro de una contratación no negociada sea con consumidores o con no consumidores, como acabamos de señalar), se centran en el control de incorporación o inclusión y en reglas de interpretación de las cláusulas generales predispuestas.

A raíz de la STS de 9 de mayo de 2013 podemos definir el *control de inclusión o incorporación* como aquel al que se somete toda condición general, que

vendría determinado por la exigencia de cumplir con los requisitos de incorporación previstos en los artículos 5 y 7 LCGC, así como los requisitos de la normativa sectorial bancaria (anteriormente Orden de 5 de mayo de 1994 y actual Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, que imponen a las entidades bancarias unos deberes informativos tendentes a advertir al cliente de la existencia de esa cláusula suelo; exigencias informativas que son más amplias en esta Orden de 2011). Este control se superaría con la acreditación de cumplimiento de estos deberes formales, con independencia de que el adherente efectivamente tenga conocimiento o no de su contenido y/o lo comprenda.

El artículo 5 LCGC exige ciertos requisitos para poder considerar que dichas cláusulas se entiendan incorporadas a los contratos:

— en primer lugar debe existir referencia a esas condiciones generales en el propio contrato, haberse puesto a disposición del adherente y que este conozca su existencia y contenido y que el adherente las acepte;
— pero además se exige que tales cláusulas generales sean redactadas de forma que se ajusten «a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez».

Si existiera alguna contradicción entre condiciones particulares y generales prevalecerán las primeras (salvo que las segundas sean más favorables al adherente), y cualquier duda en la interpretación de condiciones generales oscuras se resolverá a favor del adherente, atendiendo en todo caso de forma supletoria a las normas de interpretación de los contratos previstas en el Código Civil (art. 6 LCGC).

La sanción prevista por la LCGC ante condiciones generales que incumplan lo previsto en esa norma, en cuanto a los requisitos de forma y conocimiento del adherente de su existencia, y los requisitos de redacción expresados en el artículo 5 LCGC es el de la no incorporación de la cláusula (cfr. art. 7 LCGC); mientras que se sanciona con la nulidad a aquellas cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores y las cláusulas que vulneren normas imperativas o prohibitivas o que contravengan la LCGC en perjuicio del adherente (art. 8 LCGC); como se puede observar también aquí en el artículo 8 LCGC se vincula la abusividad solo a los contratos con consumidores anudándose la consecuencia de nulidad[4]. Esa no incorporación o esa nulidad no determinará la ineficacia de todo el contrato si este puede subsistir sin esa cláusula general; y «la parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo» (art. 10 LCGC).

III. LA STS DE 3 DE JUNIO DE 2016 Y EL CONTROL DE CLÁUSULAS SUELO EN PRÉSTAMOS A EMPRESARIOS

1. Aplicación del control de transparencia a adherentes no consumidores

La STS núm. 241/2013, de 9 de mayo, partiendo de la consideración de la cláusula suelo como condición general de la contratación y como cláusula relativa al objeto principal del contrato (elemento esencial y concretamente, en este caso, el precio), consideró que, como tal, además del control de inclusión debe realizarse un control de transparencia, y así lo hace en el caso concreto.

Este control de transparencia, tal y como afirma esta STS de 9 de mayo de 2013, es un control separado y diferente del control de inclusión[5]; no se agota en el mero cumplimiento de los requisitos de incorporación a que se refiere la LCGC en su artículo 5, ni en el cumplimiento de las obligaciones formales impuestas por la normativa de transparencia bancaria, ni en la redacción clara, comprensible y sin ambigüedades de la cláusula (lo que podría denominarse como transparencia interna de la cláusula), sino que atiende a la incidencia que ha podido tener la inclusión de la cláusula suelo en la defraudación de la expectativa legítima del consumidor sobre la oferta, esto es, en este caso, sobre el tipo de interés que se creía estar contratando (un interés variable que sorpresivamente en un determinado momento se convierte en fijo sin que pueda beneficiarse de la bajada sucesiva del Euribor). Con este control se trata, en definitiva, de comprobar que el deudor adherente conoce efectiva y realmente tanto la carga económica (onerosidad) del contrato que va a suscribir, como la carga jurídica (su posición jurídica y los riesgos asumidos)[6].

Comprobada la falta de transparencia efectiva en relación con esa cláusula y, por tanto, en relación con el precio y contraprestación, el Tribunal Supremo declara que esa cláusula suelo es abusiva precisamente porque con esa falta de transparencia se ha causado un perjuicio al consumidor consistente en una alteración sorpresiva de la carga económica del contrato[7]. Con ello, el Tribunal Supremo vino a vincular la calificación de abusividad con el control de transparencia especial que se acuña en esta Resolución de 9 de mayo de 2013[8].

A raíz de esta STS de 9 de mayo de 2013, se ha discutido sobre si ese control de transparencia puede aplicarse también a contratos en los que son adherentes no consumidores, o debe limitarse su aplicación a los consumidores. Y ello por cuanto, aunque esa STS núm. 241/2013 rechazaba que el control de abusividad se aplicase a contratos con empresarios o profesionales (fundamento jurídico 233), también advertía en su fundamento jurídico 201 de que el control de incorporación de las condiciones generales se aplicaba a cualquier cláusula general predispuesta, cualquiera que fuera el adherente (consumidor o no). Al acuñar un nuevo tipo de control, la controversia surgió en si ese nuevo control de transparencia, más que vinculado al control de contenido o abusividad, bien podría integrarse en el control de incorporación.

La jurisprudencia menor y la doctrina se ha mostrado dividida en cuanto a la respuesta a dar[9]:

i) Hay quien entiende que cabe aplicar de modo analógico el control de transparencia y de contenido o abusividad previsto para consumidores a la contratación entre empresarios. El problema de esta postura es que realmente no hay laguna legal que deba cubrirse por medio de analogía.

ii) Otros propugnan que no puede aplicarse el control de transparencia ni el control de contenido (abusividad) a los contratos entre empresarios, pues no hay una previsión legislativa ni jurisprudencial expresa y clara en ese sentido.

iii) Por otro lado, se ha sostenido que en estas situaciones se apliquen o bien las reglas generales de la buena fe *ex* artículos 1258 del Código Civil y 57 CCom o bien la misma doctrina sobre el error vicio de consentimiento aplicada jurisprudencialmente de forma consolidada en el caso de la contratación de productos financieros complejos (como los *swaps*).

iv) Por último, cabe mencionar la postura de quienes consideran que debe vincularse el control de transparencia con el control de incorporación (y no con el control de contenido como hace el Tribunal Supremo) de forma que sea

susceptible de aplicación sea cual fuere la condición del adherente (consumidor o no)[10], postura que se ha visto respaldada por el voto particular de la STS núm. 367/2016, de 3 de junio, del Magistrado Excmo. Sr. D. F. J. ORDUÑA MORENO. De acuerdo con esta teoría no habría ningún obstáculo para poder vincular el control de transparencia de las cláusulas generales con el control de incorporación previsto en sede de la LCGC: no sería preciso ningún cambio legislativo; tan solo sería necesario que el Tribunal Supremo cambie su apreciación en relación con la naturaleza del contrato de transparencia reforzado que previó en la STS de 9 de mayo de 2013 y, en lugar de vincularlo a un control de contenido, lo haga residir en sede de control de incorporación en el marco de la LCGC, que resulta aplicable a cualquier adherente, sea o no consumidor. No se trataría, por otro lado, de aplicar analógicamente las reglas de protección de consumidores a los empresarios puesto que acogiendo esta tesis de un control de transparencia reforzado en el ámbito de los requisitos de incorporación se hace residir el mismo en la regulación que de tales requisitos se recoge en el artículo 5 LCGC (aplicable a consumidores y no consumidores) que es muy similar a la prevista en el artículo 80 TRLCU (aplicable solo a consumidores)[11].

Pero en la STS núm. 367/2016, de 3 de junio, se ha determinado que el control de transparencia especial y reforzado que se instauró con la STS de 9 de mayo de 2013 no resulta aplicable a los contratos con cláusulas suelo celebrados con no consumidores. Esta diferencia de tratamiento entre adherentes consumidores y adherentes profesionales o empresarios también se ha recogido en Sentencias de este mismo Tribunal posteriores a 2013: así, SSTS de 10 de marzo de 2014, 7 de abril de 2014, 28 de mayo de 2014, 30 de abril de 2015 y 15 de diciembre de 2015, entre otras.

Advierte el Tribunal Supremo en esta Sentencia de 3 de junio de 2016 de que ese control de transparencia (que atiende al conocimiento sobre la carga jurídica y económica del contrato), diferenciado del control de inclusión (que atiende a una mera transparencia documental o gramatical), ha sido reservado por la legislación comunitaria y nacional, así como su jurisprudencia respectiva, a las condiciones generales incluidas en contratos con consumidores. Entiende que el control de transparencia, en virtud de su aproximación al juicio de abusividad (con apoyo en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13), solo puede realizarse en el ámbito de los consumidores. Afirma que «precisamente esta aproximación entre transparencia y abusividad es la que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en el que adherente no tiene la cualidad de consumidor». Y considera que, no previéndose en el ordenamiento español y comunitario legislativamente una protección especial al adherente no consumidor (más allá de la remisión a las normas civiles y mercantiles generales sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones en aras de evitar abusos contractuales), no corresponde a los tribunales configurarla pues no se trata de una laguna legal sino de una opción legislativa.

Pero esta STS de 3 de junio de 2016 cuenta con un voto particular del Magistrado Excmo. Sr. D. F. J. ORDUÑA MORENO que discrepa de las apreciaciones de la Sala en cuanto a esa aplicabilidad del control de transparencia en el caso de adherentes empresarios, el cual considera que puede y debe realizarse: «*La jurisprudencia, en su innegable función de decantación y aplicación de estos nuevos principios informadores, puede y debe proceder a la interpretación extensiva del control de transparencia en la contratación entre empresarios; sin que la ausencia de un reconocimiento expreso de la normativa al respecto sea excusa para su no aplicación.*

Lo contrario es, una vez más, como decía don Federico de Castro, quedarse en la «corteza» de las palabras de la norma y no atender a la «médula» o razón de ser que la vivifica y orienta su aplicación con relación a los valores y principios que la informan». Se indica en ese voto particular que ese control de transparencia «*responde directamente al anterior ideal de lo justo encarnado en los derechos del ciudadano, claramente imbricado en la posición del adherente, sea consumidor o no, y su aspiración a la toma de decisiones conforme a una comprensión real de la reglamentación predispuesta de cara al acceso a bienes y servicios que le van a ser necesarios, es decir, a su aspiración, basada en la razonable confianza, de que la reglamentación predispuesta resulta transparente en orden a facilitarle una correcta evaluación de las consecuencias que, a su cargo, se deriven de la ejecución o cumplimiento de dicha reglamentación*».

Afirma el Magistrado Excmo. Sr. D. F. J. ORDUÑA MORENO en este voto particular, asimismo, la conexión del criterio de transparencia con el plano axiológico de las directrices del orden público económico, como ya se ha reconocido en la doctrina jurisprudencial española (entre otras, STS de 8 de septiembre de 2014) y del TJUE (entre otras, SSTJUE de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08 y 30 de mayo de 2013, asunto C-488/2011). Tal y como se advierte en ese voto particular, en estos casos no puede darse un control de incorporación de la cláusula escindido, como mero control formal, sin atender a la comprensibilidad real por el adherente, cuando de la normativa especial (LCGC) cabe fundamentar la aplicación de ese control completo cualitativo por los tribunales en atención a que nos encontramos ante una contratación seriada, no negociada, y precisamente el fundamento de ese control es el carácter predispuesto del clausulado y la posición de inferioridad contractual del adherente.

En palabras contenidas en ese voto particular formulado a esa STS de 3 de junio de 2016, «ni la interpretación que conduce a la aplicación extensiva del control de transparencia a la contratación entre empresarios es «un tertium genus» ni «tampoco resulta acertada la conclusión interpretativa de que estemos ante una cuestión que responda, en sentido estricto, a una opción legislativa pues, aunque resulte conveniente o deseable, la cuestión aquí planteada puede y debe ser resuelta desde la interpretación y aplicación de la normativa ya existente a la luz de los valores que la informan y de la jurisprudencia que los ha desarrollado. Habida cuenta de que resulta incontestable que la normativa existente no prohíbe, expresamente, dicha interpretación extensiva».

Tal y como se indica en el referido voto particular (con cita del Prof. Sergio CÁMARA LAPUENTE), cabe fundamentar en estos casos una reconducción del control de transparencia hacia el control de incorporación (que no control de abusividad) con sede natural en la LCGC, no existiendo «razones de fundamentación técnica que objeten la interpretación extensiva de este control que aquí se propugna. Pero, sobre todo, no las hay en el plano axiológico y teleológico de la normativa objeto de la aplicación, esto es, la LCGC que, por una parte, sienta las bases de su aplicación en la reglamentación predispuesta y en la posición de inferioridad del adherente y, por la otra, justifica su regulación especial como una reacción contra el clausulado abusivo por ser injusto, (contrario a derecho) y, a su vez, por vulnerar los bienes jurídicos que deben ser tutelados en el tráfico patrimonial de la contratación bajo condiciones generales». Como se señala en este voto particular, existe normativa que permite fundamentar ese control de transparencia por comprensibilidad real también en el caso de los adherentes no consumidores, vinculado a los requisitos de incorporación de la condición general en el contrato (arts. 5.5 y 7 LCGC).

Asume, por tanto, este Magistrado en este voto particular la tesis antes expuesta de que debería entenderse vinculado o residenciado este control de transparencia «real» (referido a la comprensibilidad de la carga jurídica y económica que implica la cláusula suelo) en el control de incorporación[12].

En mi opinión, precisamente esta tesis aporta una solución bien argumentada al problema existente en el marco de las cláusulas suelo con empresarios, que puede tener una perfecta acogida en nuestro ordenamiento. El hacer residir el control de transparencia como comprensibilidad «real» de las cláusulas en sede de control de contenido o abusividad limita su potencial aplicación subjetiva de modo incomprensible, cuando nos encontramos ante dos supuestos de hecho sustancialmente idénticos caracterizados por la adhesión a un contrato, predisposición de la cláusula (no negociada individualmente) y falta de comprensibilidad real de la cláusula por el adherente, y cuando precisamente contamos con que les resulta aplicable una misma norma, la LCGC. Por otro lado, tampoco resultan extrañas en nuestro ordenamiento previsiones tuitivas de consumidores y empresarios de forma conjunta: así, al margen de la LCGC, cabe destacar cómo la normativa MiFid califica como clientes minoristas tanto a consumidores como a autónomos y pymes (*vid*. arts. 204 y 205 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores).

Sin duda cabe tener en cuenta que las notas que caracterizan este control de transparencia y los fundamentos para crear ese nuevo control de transparencia por el Tribunal Supremo apoyándose en la necesaria comprensibilidad real de las cláusulas, tratando de evitar condiciones generales predispuestas que alteren sorpresivamente el objeto del contrato, frustrando las expectativas del adherente en relación con la carga (económica y jurídica) asumida, tienen perfecta cabida también en el marco de la contratación con empresarios o profesionales. Si se ha creado un nuevo control que refuerza a los anteriormente existentes controles de incorporación y de contenido, ya es voluntad jurisprudencial o legislativa el concretar que ese nuevo control refuerce la incorporación de las cláusulas y no meramente el contenido, que llevaría a limitar su campo de actuación. Considero que es posible mantener esas exigencias de comprensibilidad real y material de las cláusulas predispuestas en el ámbito del control de incorporación. El significado del control de transparencia está vinculado a un control de comprensibilidad real de las cláusulas y ello no es exclusivo del ámbito de la abusividad propia de las previsiones tuitivas de los consumidores.

Entiendo que en la aplicación de ese control de transparencia debe ponerse el inciso en el hecho de que se trate de un sujeto adherente, que no ha podido negociar la cláusula suelo y al que no se le ha informado oportunamente de la misma, sus efectos y carga económica y jurídica, de modo que no ha podido comprender el contenido y efectos reales de esa cláusula. Y en esa situación se pueden encontrar afectados tanto consumidores como no consumidores. Esa transparencia exigida en las condiciones generales de la contratación debe ser hoy día un principio jurídico en el que se pueda amparar la protección de cualquier adherente en el marco de la contratación seriada, no negociada individualmente[13].

Pero, pese a todo lo que se acaba de comentar, no debemos negar la realidad y que esta que se acaba de indicar no es la postura del Tribunal Supremo, que dictó esa Sentencia núm. 367/2016, de 3 de junio, en Pleno, y, como tal, vincula a los tribunales de instancias inferiores (postura posteriormente reiterada en SSTS núm. 30/2017, de 18 de enero, núm. 41/2017, de 20 de enero, y núm. 57/2017, de 30 de enero).

2. La buena fe como criterio de control y de interpretación del contenido de los contratos

En esa STS de 3 de junio de 2016 la Sala del Tribunal Supremo en Pleno (con el voto particular indicado del Magistrado Excmo. Sr. D. F. J. ORDUÑA MORENO), tras negar la aplicación del control de transparencia en las cláusulas suelo que afecten a empresarios o no consumidores en general, en su fundamento jurídico quinto concreta la posibilidad de acudir a lo previsto en el régimen general de la contratación y a la buena fe (*ex* arts. 1258[14] del Código Civil y 57 CCom) como principio informador de nuestro ordenamiento en general y del régimen de contratos en particular, para poder considerar nulas aquellas cláusulas que supongan un abuso de la posición contractual dominante y generen un desequilibrio en la posición del adherente al modificar «subrepticiamente» aquello que el adherente se representó como que había sido pactado y que deriva de la propia naturaleza y finalidad del contrato; es decir, una cláusula que venga a alterar sorpresivamente la legítima expectativa que tenía el adherente sobre lo que contrataba pero que, por razón de esa predisposición, imposición y falta de negociación e información clara al respecto, no pudo representarse ni conocer realmente sus consecuencias y efectos en la relación contractual consentida.

El Tribunal Supremo en esta Sentencia de 3 de junio de 2016 parte de que tratar de sacar ventaja (y sacarla) de la predisposición de cláusulas en el contrato para introducir un contenido con el que el adherente no contaba o no podía razonablemente contar en atención a la naturaleza del contrato (lo que lleva a que sus expectativas sobre lo que el contrato le iba a suponer y afectar se vean frustradas), supone una vulneración de la buena fe contractual; una buena fe acogida en los artículos 1258 del Código Civil y 57 CCom en sede de normas contractuales generales a las que la exposición de motivos de la LCGC se remite para el control de las condiciones generales entre empresarios[15]. Pone el acento del recurso a la buena fe, como criterio de control de cláusulas generales (particularmente cláusulas suelo) en contratos con empresarios, en el carácter sorpresivo del contenido y efectos reales de tales cláusulas, generando un desequilibrio de la posición contractual del adherente.

El criterio de buena fe acogido en estos casos por el Tribunal Supremo viene a ser el recurso que permite resolver la pugna entre el contenido que realmente se deriva de las cláusulas del contrato y el contenido que el adherente se había representado como real y sobre el que efectivamente había consentido bajo la buena fe[16]; esta buena fe del artículo 1258 del Código Civil vendría a establecer la preferencia de esas legítimas expectativas del adherente (contenido que conforme a la buena fe creía que era el consentido) frente al contenido incorporado en el contrato por la vía de las cláusulas generales predispuestas[17].

Atendiendo a este pronunciamiento del Tribunal Supremo, cabe considerar que *de facto* se da una respuesta similar a las cláusulas suelo contraídas por empresarios o profesionales respecto a las contraídas por consumidores: la nulidad de las mismas con base en un desequilibrio surgido por el carácter sorpresivo de los efectos de la cláusulas suelo y la carga que ello supone para el adherente, respecto de lo que este pensaba haber contratado y consentido. En el caso de los consumidores se hace con base en un control de transparencia que atiende a si el consumidor comprendía realmente lo que suponía esa cláusula; y en el caso de los empresarios atiende a una buena fe contractual y a una alteración subrepticia de lo que el adherente se representó como objeto del contrato. Pero, como puede observarse, en el fondo la idea que subyace es la de proteger a aquel

adherente que por la actuación del predisponente no llegó a conocer realmente lo que contrataba, de forma que el objeto del contrato se vio alterado sorpresivamente para ese adherente.

Considero que la idea de la buena fe contractual subyace también en el control de transparencia previsto en la STS de 9 de mayo de 2013. Y asimismo se puede afirmar que la actuación del predisponente en cuanto a la información aportada al adherente (o no aportada) resulta relevante de cara a determinar si ha habido o no vulneración de ese control de transparencia o de esa buena fe, de forma que si se acredita que se informó oportunamente y al completo de la existencia y carga de la cláusula suelo no puede afirmarse que haya vulneración del control de transparencia (caso consumidores) ni de la buena fe contractual (caso empresarios[18]), no provocando desequilibrios ni alteración del objeto del contrato según se había concebido o representado por el adherente. Por tanto, se trata de una protección muy similar, que aunque tengan distintos criterios de control, el funcionamiento de ambos es parejo, atendiendo a los mismos factores y causas subjetivas (de comprensibilidad) concurrentes en los casos, sea el adherente consumidor o empresario[19]. Y a este respecto, podemos plantearnos si no hubiera sido más lógico que se hubiera acuñado un control de transparencia de tal naturaleza que pudiera aplicarse tanto a consumidores como empresarios. Porque el fundamento de protección y las circunstancias concurrentes son las mismas: adhesión a un contrato, condiciones generales y cláusulas predispuestas, falta de información suficiente que permita comprender lo que realmente asumes con el contrato…

Es, en definitiva, en la condición de adherente y no en la condición de consumidor o empresario donde entiendo debía haberse centrado el Tribunal Supremo a la hora de sentar su doctrina acerca del control de las cláusulas suelo. Y a esa condición de adherente (sea consumidor o no) atiende una norma concreta, cual es la LCGC, quien ya en su exposición de motivos advierte de que las cláusulas generales en contratos con empresarios también pueden (y deben) ser objeto de control para evitar situaciones abusivas. Por ello, tanto consumidores como empresarios deben ser objeto de protección como parte «débil» del contrato de adhesión en el que se produzcan desequilibrios prestacionales y frustración de las legítimas expectativas representadas al prestar el consentimiento y firmar el contrato.

Sería deseable que esta previsión contenida en la exposición de motivos de esta LCGC tenga un desarrollo concreto en una norma directamente aplicable: esperemos que el legislador no tarde en atender a esta necesidad. Quizás la teoría de residenciar el nuevo control de transparencia en el control de incorporación *ex* LCGC y lo expuesto en el voto particular de la STS de 3 de junio de 2016 puedan ser la guía del legislador en una norma general de control de cláusulas suelo y cláusulas de similar naturaleza (condiciones generales y predispuestas), aplicables a todo adherente, sea o no consumidor.

IV. CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO EN PRÉSTAMOS A EMPRESARIOS

En esa Sentencia de 3 de junio de 2016 el Tribunal Supremo no entendió que en el caso concreto objeto de enjuiciamiento hubiera abuso de posición contractual dominante, por cuanto se declaró ya probado en la Sentencia recurrida que hubo negociaciones e información a la adherente de la existencia,

funcionamiento y consecuencias de la cláusula suelo. Por ello en esta Sentencia, a diferencia de en la STS de 9 de mayo de 2013[20], no existe un pronunciamiento relativo a las consecuencias de la eventual nulidad que se declare de aquellas cláusulas que impliquen una vulneración del principio general de buena fe y con ello una vulneración de la legítima expectativa del adherente y la existencia de un desequilibrio en la posición contractual de este, por haberse modificado el contenido que se había representado el adherente, tratando el predisponente de sacar una ventaja de la imposición y falta de negociación de la cláusula.

Ante la falta de pronunciamiento del Tribunal Supremo al respecto, queda la duda de si dicho Tribunal hubiera resuelto de modo similar a lo que hizo en las SSTS de 9 de mayo de 2013 y 25 de marzo de 2015: declaración de irretroactividad o retroactividad parcial de los efectos de la nulidad de la cláusula suelo con base en la situación económica existente y el riesgo en los mercados de crédito.

Acerca de esta cuestión entiendo, que ante un supuesto de cláusula suelo en contrato con un no consumidor (empresario o profesional) en el que se califique que concurre una situación de abuso de posición contractual dominante y de vulneración de la buena fe contractual (a la que se alude en la exposición de motivos de la LCGC y que puede fundamentar, asimismo, una vulneración de lo previsto en los arts. 1255, 1256 y 1258 del Código Civil y 57 CCom), contrariando con esa cláusula las legítimas expectativas que, según el contrato suscrito, su naturaleza y la buena fe contractual como principio informador de las negociaciones y contratos, pudo tener el adherente al firmar sin la debida información, tal calificación determina, con base en lo antedicho, la nulidad de la cláusula litigiosa. Y, en consecuencia, atendiendo a la normativa general sobre los contratos y sobre la nulidad a la que nos ha conducido el propio Tribunal Supremo en la ya mencionada Sentencia núm. 367/2016, de 3 de junio, en el marco del control de las condiciones generales de la contratación en contratos de adhesión con no consumidores, procede atender a lo previsto en el artículo 1303 del Código Civil y, con base en este precepto, acordarse la restitución por el predisponente de todas las cantidades cobradas indebidamente como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo declarada nula desde el comienzo de la vigencia del contrato.

Ciertamente tal consecuencia choca frontalmente con la que el Tribunal Supremo dio en la STS de 9 de mayo de 2013 para el caso de cláusulas suelo en préstamos con consumidores (y que tendrá que rectificar a raíz de la STJUE de 21 de diciembre de 2016), pero lo cierto es que ha sido este Tribunal el que ha determinado la diferenciación del régimen aplicable a cada adherente según su condición de consumidor o no: mientras que a consumidores acuña un nuevo régimen de control especial, para los empresarios se remite a las normas generales de contratación; por tanto, si respecto de los consumidores crea también un nuevo efecto especial de la nulidad por falta de transparencia que se decide no es aplicable a empresarios, no hay razón alguna que nos lleve a determinar que ese efecto especial de retroactividad parcial (con el que, dicho sea de paso, no estoy de acuerdo) deba ser aplicable a los empresarios en virtud de analogías o interpretaciones extensivas. Respecto a los empresarios el Tribunal Supremo ha sido claro: hay que acudir a las reglas generales de la contratación; por tanto, también habrá que acudir a ellas en cuanto a los efectos de la nulidad, y con ello al artículo 1303 del Código Civil. En este sentido, resulta singular el que en este aspecto los consumidores quedasen en una posición peor que la de los empresarios en situaciones tan similares, si bien a ello condujo la propia doctrina del Tribunal Supremo.

V. CONCLUSIONES

I. Para el control de las cláusulas suelo en el marco de contratos con empresarios el Tribunal Supremo ha determinado que no es aplicable el control de transparencia, sino que ha acudido al principio de buena fe como parámetro de interpretación del contrato y límite a las condiciones generales que puedan llevar a una situación de abuso de posición dominante por el predisponente y a una situación de desequilibrio en perjuicio del empresario adherente (STS de 3 de junio de 2016).

II. Cabe afirmar que se proporciona una protección muy similar a la de los consumidores. Aunque se acojan distintos criterios de control, el funcionamiento del control para ambos sujetos es parejo, atendiendo a los mismos factores y causas subjetivas (de comprensibilidad) concurrentes en los casos, sea el adherente consumidor o empresario. El fundamento de protección y las circunstancias concurrentes son las mismas: adhesión a un contrato, condiciones generales y cláusulas predispuestas, falta de información suficiente que permita comprender lo que realmente se asume con el contrato… Hubiera sido más oportuno que se hubiera acuñado un control de transparencia de tal naturaleza que pudiera aplicarse tanto a consumidores como a empresarios.

III. Considero que el Tribunal Supremo debía haberse centrado en la condición de adherente y no en la condición de consumidor o empresario a la hora de sentar su doctrina acerca del control de las cláusulas suelo. Y a esa condición de adherente (sea consumidor o no) atiende una norma concreta, cual es la LCGC, que ya en su exposición de motivos advierte de que las cláusulas generales en contratos con empresarios también pueden (y deben) ser objeto de control para evitar situaciones abusivas. En consecuencia, tanto consumidores como empresarios deben ser objeto de protección como parte «débil» del contrato de adhesión en el que se produzcan desequilibrios prestacionales y frustración de las legítimas expectativas representadas al prestar el consentimiento al contrato.

IV. Sería deseable que esa previsión contenida en la exposición de motivos de la LCGC tenga un desarrollo concreto en una norma directamente aplicable: esperemos que el legislador no tarde en atender a esta necesidad. Quizás la teoría de residenciar el nuevo control de transparencia en el control de incorporación *ex* LCGC y lo expuesto en el voto particular de la STS de 3 de junio de 2016 puedan ser la guía del legislador en una norma general de control de cláusulas suelo y cláusulas de similar naturaleza (condiciones generales y predispuestas), aplicables a todo adherente, sea consumidor o sea empresario.

V. Dado que el Alto Tribunal ha remitido para el control de las cláusulas suelo en contratos con empresarios a las normas generales de los contratos, ante la falta de pronunciamiento expreso en la STS de 3 de junio de 2016 acerca de las consecuencias de la nulidad de esa cláusula suelo que vulnere la buena fe contractual, no hay razón para no acudir a las consecuencias plenas del artículo 1303 del Código Civil y acordarse la restitución por el predisponente de todas las cantidades cobradas indebidamente como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo declarada nula desde el comienzo de la vigencia del contrato.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STS de 18 de junio de 2012
- STS de 9 de mayo de 2013

- STS de 10 de marzo de 2014
- STS de 7 de abril de 2014
- STS de 28 de mayo de 2014
- STS de 16 de julio de 2014
- STS de 8 de septiembre de 2014
- STS de 3 de noviembre de 2014
- STS de 2 de diciembre de 2014
- STS de 24 de marzo de 2015
- STS de 25 de marzo de 2015
- STS de 29 de abril de 2015
- STS de 30 de abril de 2015
- STS de 15 de octubre de 2015
- STS de 20 de noviembre de 2015
- STS de 9 de diciembre de 2015
- STS de 15 de diciembre de 2015
- STS de 23 de diciembre de 2015
- STS de 3 de febrero de 2016
- STS de 4 de febrero de 2016
- STS de 11 de marzo de 2016
- STS de 8 de abril de 2016
- STS de 3 de junio de 2016
- STS de 14 de julio de 2016
- STS de 20 de julio de 2016
- STS de 30 de septiembre de 2016
- STS de 5 de octubre de 2016
- STS de 7 de octubre de 2016
- STS de 18 de enero de 2017
- STS de 20 de enero de 2017
- STS de 30 de enero de 2017
- STJUE de 21 de diciembre de 2016

BIBLIOGRAFÍA

ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (2009). *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales (una perspectiva española y europea)*. Cizur Menor: Thomson-Civitas-Aranzadi.

CÁMARA LAPUENTE, S. (2016). Control de cláusulas predispuestas en contratos entre empresarios. [En línea], disponible en: http://almacendederecho.org/control-clausulas-predispuestas-contratos-empresarios/.

— (2015). Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo LV, 551-643.

CORDERO LOBATO, E. (2013a). Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013). *Diario La Ley,* núm. 8088, 22 de mayo.

— (2013b). Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013). *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, [En línea], núm. 6, disponible en https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/308/278, 129-133.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2013). Una revisión jurisprudencial de las cláusulas suelo y techo del préstamo hipotecario a la luz de la STS de 9 de mayo de 2013. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739, septiembre, 3440-3456.

ORDUÑA MORENO, F. J. (2013). Control de trasparencia y cláusulas suelo. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 871.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2016). Buena fe *ex* artículo 1.258 del Código Civil y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios. *InDret* [En línea], núm. 4, disponible en http://www.indret.com/pdf/1266_es.pdf.

— (2013a). Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario». *InDret* [En línea], núm. 3, disponible en http://www.indret.com/pdf/995.pdf.

— (2013b). La restitución de cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS 9 de mayo de 2013. *Diario La Ley,* núm. 8154, de 23 de septiembre.

— (2004). *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*. Cizur Menor: Aranzadi.

SÁNCHEZ MARTÍN, C. (2013). El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas. Su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria. *Diario La Ley*, núm. 8112, 25 de junio.

SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2016). Retroactividad, transparencia y abusividad en la contratación hipotecaria (también entre empresarios/as). Novedades del Pleno del Tribunal Supremo y del Abogado General del TJUE sobre el particular. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8.

— (2015). Cláusulas suelo en la contratación, con condiciones generales, entre empresas (autónomos, microempresas y pymes). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 748, marzo, 681-732.

NOTAS

[1] El artículo 2 LCGC advierte en este sentido que «*La presente Ley será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional —predisponente— y cualquier persona física o jurídica —adherente. A los efectos de esta Ley se entiende por profesional a toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada. El adherente podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad*».

Para el concepto de qué es consumidor debemos atender a lo que prevé el artículo 3 TRLCU: «*son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial*». Una definición que, como puede observarse, excluye de la aplicación y protección del TRLCU a profesionales o empresarios que contratan en el ámbito de su actividad profesional o empresarial.

[2] Tal afirmación debe vincularse a su vez con la modificación introducida con esta LCGC, al transponer la Directiva 93/13, en la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios entonces vigente (Ley 26/1984, de 19 de julio) incorporando un nuevo artículo 10 bis y un listado de cláusulas abusivas para consumidores.

[3] Puede entenderse que así lo ha hecho el Tribunal Supremo en su STS núm. 367/2016, de 3 de junio. Y, de hecho, la propia LCGC remite al artículo 1258 del Código Civil en el artículo 10 LCGC.

[4] Como advierte CÁMARA LAPUENTE «el artículo capital en la separación de los distintos controles (material o de contenido por el TR-LGDCU y formal o de incorporación en la LCGC) en función si se trata de un contrato de consumo o no es el artículo 8 LCGC titulado "nulidad" —que sigue al artículo 7, titulado «no incorporación»— cuando no se cumplen los requisitos de "incorporación"» (CÁMARA LAPUENTE, S. (2016). Control de cláusulas predispuestas en contratos entre empresarios, [En línea], disponible en http://almacendederecho.org/control-clausulas-predispuestas-contratos-empresarios/.).

[5] Control de inclusión que puede considerarse como el tradicional o clásico control de transparencia formal o documental, vinculado a la redacción clara, sencilla y comprensible para el adherente: cfr. artículos 5 y 7 LCGC. En este sentido, el Tribunal Supremo con esta STS de 9 de mayo de 2013 vendría a prever un doble control de transparencia: uno general, apto para cualquier condición general de la contratación, con encaje en esos artículos 5 y 7 LCGC y ese control formal de incorporación, y otro especial reforzado, diferenciado del anterior, que afectaría a cláusulas que definen el objeto principal del contrato (*vid*. CÁMARA LAPUENTE, S. (2015). Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo LV, p. 560 y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2013a). Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario. *InDret* [En línea], núm. 3, disponible en http://www.indret.com/pdf/995.pdf, pp. 12 y 13).

[6] De modo que, en este concreto caso, se debe comprobar si, a partir de la información suministrada, el adherente conoce y es consciente de que esa cláusula suelo existe y comprende la posible incidencia de tal cláusula en su obligación de pago y el desarrollo económico del contrato; se busca comprobar que el prestatario tenga una posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto. *Vid*. SÁNCHEZ MARTÍN, C. (2013). El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas. Su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria. *Diario La Ley*, núm. 8112, 25 de junio.

[7] Concretamente el Tribunal Supremo en su valoración del carácter abusivo de las cláusulas suelo por falta de transparencia tuvo en cuenta en esa Sentencia de 9 de mayo de 2013 las siguientes circunstancias: a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia repercutirán en una disminución del precio del dinero. b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo. d) Su ubicación, en uno de los casos considerados (BBVA), entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor. e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual. f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

A este respecto el Tribunal Supremo, a través del Auto de 3 de junio de 2013, aclaró que «no se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra [ni] tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo». Por otro lado, como mecanismos por medio de los cuales puede considerarse suficientemente informado el consumidor en cada caso, este auto aclaratorio señala: «la información que verbalmente o por escrito se hubiere facilitado al consumidor al acudir a la entidad a solicitar el préstamo; la previa entrega y devolución firmada de la oferta vinculante; la existencia de otras declaraciones recogidas en el contrato y las advertencias específicas sobre dicha cláusula por parte del propio notario autorizante, o fuera de aquel».

[8] Cuestión criticada por CÁMARA LAPUENTE, que entiende que «esta moderna comprensibilidad material y no solo formal diseñada tanto por el TJUE como por el TS, no solo puede aplicarse a todo tipo de cláusulas no negociadas (TJUE *dixit*), sino que puede perfectamente adornar al control de *incorporación* de todas estas cláusulas (art. 80.1 TR-LGDCU y LCGC)», advirtiendo que la tesis que sostiene es «mantener la falta de transparencia

dentro del control de incorporación, sin que las cláusulas con ese defecto sean consideradas abusivas, sino simplemente no puestas, no incorporadas» (CÁMARA LAPUENTE, S. (2015). Transparencias, desequilibrios e ineficacias…, *op. cit.*, pp. 602 y 608). En sentido similar, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, que en un análisis crítico de la STS de 9 de mayo de 2013 concluye: «Siendo plausible el esfuerzo del Alto Tribunal y su contribución al fin de la polémica, consideramos que, a lo mejor, tal vez, es excesivo considerar que la falta de transparencia es causa de la abusividad de la cláusula, y por tanto, determinante de su nulidad. Puede que hubiera bastado con determinar su no inclusión en el contrato, o que se interpretara favorablemente al consumidor, como son las consecuencias normales de la falta de transparencia» (GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. [2013]. Una revisión jurisprudencial de las cláusulas suelo y techo del préstamo hipotecario a la luz de la STS de 9 de mayo de 2013. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739, septiembre, p. 3453). Cfr. asimismo, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ que critica que se fundamente el deber de transparencia cualificado en el artículo 80.1 TR-LGDCU, considerando que debe residenciarse en el artículo 60 TR-LGDCU (PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. [2013a]. Falta de transparencia…, *op. cit.,* pp. 17-18); y, asimismo, señala este autor que «se echa en falta en la STS de 9 de mayo de 2013 (Ar. 3088) una correcta argumentación que conecte la falta de transparencia de la cláusula suelo con el reproche de abusividad. Es preciso incardinar la abusividad por un defecto de transparencia en el supuesto de hecho del artículo 82 TR-LGDCU» (PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. [2013a]. Falta de transparencia…, *op. cit.,* p. 23).

[9] Cfr. SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2015). Cláusulas suelo en la contratación, con condiciones generales, entre empresas (autónomos, microempresas y pymes). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 748, marzo, pp. 700-701; y de la misma autora (2016), Retroactividad, transparencia y abusividad en la contratación hipotecaria (también entre empresarios/as). Novedades del Pleno del Tribunal Supremo y del Abogado General del TJUE sobre el particular. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8; CÁMARA LAPUENTE, S. (2016). Control de cláusulas predispuestas…, *op. cit*., y de este mismo autor Transparencias, desequilibrios e ineficacias…, *op. cit.*, pp. 601 y sigs.; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2016). Buena fe *ex* artículo 1258 del Código Civil y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios. *InDret*, [En línea], núm. 4, disponible en http://www.indret.com/pdf/1266_es.pdf, y de este mismo autor (2004), *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 106 y sigs., y (2013). Falta de transparencia…, *op. cit*., pp. 23 y 24; y voto particular del Magistrado Excmo. Sr. D. ORDUÑA MORENO a la STS núm. 367/2016, de 3 de junio. Cfr. también, ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (2009). *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales (una perspectiva española y europea)*, Cizur Menor, Thomson-Civitas-Aranzadi, pp. 221 y sigs. *Vid.,* asimismo, nota anterior.

[10] Firme defensor de esta tesis es Sergio CÁMARA LAPUENTE como ha manifestado en diversos trabajos: entre otros, Transparencias, desequilibrios e ineficacias…, *op. cit*. y Control de cláusulas predispuestas…, *op. cit*. Por su parte, PERTÍÑEZ VILCHEZ se muestra contrario a esta tesis y a la incardinación de un control de transparencia en sede de requisitos de incorporación en contratos con adherentes no consumidores por cuanto estos requisitos «no pueden ir más allá de las exigencias de entrega y claridad y comprensibilidad en la redacción de las condiciones generales en los estrictos términos del artículo 5 LCGC y, por lo tanto, no se puede fundamentar en ellos, ni siquiera en los contratos de préstamo con empresarios, la ineficacia de una cláusula que no supere el más exigente «segundo filtro de transparencia» exigido por la STS, Sala 1.ª, 9 de mayo de 2013», aportando varias razones como apoyo a esta postura discrepante (*vid.* PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2016). Buena fe *ex* artículo 1258 del Código Civil…, *op. cit.*).

[11] Asimismo, cabe destacar en esta teoría cómo, de ubicar el control de transparencia en sede de control de incorporación, la consecuencia de que la cláusula no supere ese control de transparencia no sería su nulidad, sino su no incorporación al contrato *ex* artículo 7 LCGC. En este sentido, *vid*. CÁMARA LAPUENTE, S. (2015). Transparencias, desequilibrios e ineficacias…, *op. cit*., pp. 605-606 y Control de cláusulas predispuestas…, *op. cit*.; y GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2013). Una revisión jurisprudencial…, *op. cit.*, p. 3453, entre otros.

Ello supondría, en consecuencia, como expone CÁMARA LAPUENTE, que: «—no es preciso tras detectar el déficit de transparencia entrar en la dificultosa ponderación de diversas circunstancias para acabar declarando su carácter abusivo (abusividad ponderada) que sería lo coherente con el artículo 4.1 de la Directiva 93/13 (= artículo 82.4 TR-LGDCU); —no es preciso buscar fundamentos artificiosos para justificar el carácter abusivo directo (el perjuicio al consumidor, que se presume, estribaría en no poder contrastar otras ofertas en el mercado); —no lleva a la solución absurda de que la nueva transparencia dé lugar a una nulidad especial que carece de eficacia retroactiva (como sostiene el TS, a la espera de la solución que el TJUE dé en los próximos días a la prejudicial planteada al respecto), mientras que la declaración del carácter abusivo de otras cláusulas por el control de contenido da lugar a una correcta nulidad plena y *ex tunc;* y —no desdice la jurisprudencia del TJUE acerca de que el control relativo a la redacción clara y comprensible de las cláusulas es el mismo para elementos esenciales del contrato y para otras cláusulas contractuales» (CÁMARA LAPUENTE, S. [2016]. Control de cláusulas predispuestas…, *op. cit*.).

[12] *Vid*. lo indicado *ut supra* con respecto a esta postura doctrinal, cuyo firme defensor es el prof. CÁMARA LAPUENTE, entre otros.

[13] A este respecto, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA señala: «No es menos cierto sin embargo que el Tribunal Supremo ha creado un novedoso control de transparencia que puede encontrar perfecto anclaje legal en la LCGC y, supletoriamente en el Código Civil. Tengamos en cuenta que los controles de incorporación, transparencia y contenido deben set informados, interpretados y aplicados en virtud de los (1) *principios de buena fe contractual (ex art. 1258 del Código Civil)* —que constituye el eje sobre el que pivota el principio de orden público económico y que contrabalancea el principio de libertad contractual (*pacta sunt servanda*) lo que casa mejor con la contratación negociada que con la predispuesta que es la que es objeto de nuestra atención para hallar su solución en la contratación hipotecaria entre empresarios— (2) el *principio de equivalencia o justo equilibrio entre las prestaciones* —que supone una proyección de la directriz de conmutatividad del comercio jurídico el eje sobre el que pivota el principio del orden público económico—, y (3) el *principio de conservación del contrato*. Y que estos principios modernamente, tal y como ha advertido la doctrina ya no actúan como meros «criterios interpretativos» del contrato (lo que sucedía tradicionalmente en la contratación entre particulares pensada y prevista en el código civil en el que predomina la contratación por negociación y en el que se pone el énfasis a la existencia o no del consentimiento por parte del contratante), sino como «criterios valorativos» a los efectos de determinar la justicia contractual de la condición predispuesta a los efectos de que pueda operar su eficacia obligacional entre las partes o no. En ese sentido, lo justo y lo razonable, la buena fe y las buenas costumbres van de la mano y dependen del contexto histórico, social y económico en el que el Principio de Buena fe cuyo protagonismo ha recobrado el Tribunal Supremo esté llamado a apelarse» (SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. [2016]. Retroactividad, transparencia…, *op. cit*.).

[14] Y ello aunque con anterioridad el Tribunal Supremo ya había determinado la exclusión del artículo 1258 del Código Civil como criterio para valorar y controlar la validez de las condiciones generales en contratos entre empresarios: así, entre otras, STS de 30 de abril de 2015.

[15] Crítico con esta STS de 3 de junio de 2016, CÁMARA LAPUENTE se muestra escéptico en utilizar la buena fe como criterio de control de este tipo de cláusulas generales, advirtiendo de la dificultad de «obtener un control parecido a partir de un sistema legal que parte de la negociación (Código Civil) y cuya cláusula general de buena fe contractual (1258) no estaba diseñada para estos menesteres (más que para «desintegrar» parte del contrato, su función se ha acotado a «integrarlo»; por más que por vía jurisprudencial podría ampliarse ese cometido inicial)» (CÁMARA LAPUENTE, S. [2016]. Control de cláusulas predispuestas…, *op. cit*.).

[16] *Vid.* PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2016). Buena fe *ex* artículo 1258 del Código Civil…, *op. cit*. Según este autor, en la STS de 3 de junio de 2016 se realiza una aplicación de la llamada regla de las «cláusulas sorprendentes» «según la cual, no son válidas las cláusulas que resulten tan insólitas de acuerdo con las circunstancias y con la naturaleza del contrato que el adherente no hubiera podido contar razonablemente con su existencia. Esta norma

se contenía en el Proyecto de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (art. 5.c, que resultaba de aplicación tanto a las condiciones generales en contratos con consumidores como en contratos entre empresarios), pero finalmente fue suprimida del texto definitivo de la Ley. Pese a ello la doctrina había considerado que la referida regla podía incardinarse en contratos con consumidores en la cláusula general del artículo 82 TR-LGDCU como un supuesto de cláusula abusiva por falta de transparencia y en contratos con adherentes empresarios en el principio general de buena fe del artículo 1258 del Código Civil, tal y como justamente hace ahora la meritada STS de 3 de junio de 2016».

[17] *Vid.* PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2016). Buena fe *ex* artículo 1258 del Código Civil…, *op. cit.* Por otro lado, como advierte este autor, «la primacía de lo que legítimamente se creía haber consentido, frente a una condición general, se puede deducir también de la regla de la prevalencia de las condiciones particulares sobre las condiciones generales consagrada en el artículo 6.1 de la LCCG que en cuanto que incluida en la LCGC resulta de aplicación a cualquier adherente con independencia de su condición de consumidor o empresario. El fundamento de esta regla, según ha expresado la doctrina al respecto, es el respeto al principio de autonomía de la voluntad, conforme al cual las estipulaciones contractuales que han sido acordadas y consentidas por las partes, tienen preferencia sobre las condiciones generales que han sido predispuestas por una de ellas e impuestas a la otra, porque aquellas reflejan la voluntad común de los contratantes» (PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2016). Buena fe *ex* artículo 1258 del Código Civil…, *op. cit.*).

[18] Eso es lo que precisamente entendió el Tribunal Supremo en la Sentencia de 3 de junio de 2016 en el caso concreto objeto de controversia: dado que se acreditó que hubo negociaciones e información oportuna a la adherente de la existencia, funcionamiento y consecuencias de la cláusula suelo, no consideró en ese caso que pudiera apreciarse la situación de abuso contractual dominante y un desequilibrio contrario a la buena fe.

[19] Cfr. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2016). Buena fe *ex* artículo 1258 del Código Civil…, *op. cit.* Este autor advierte de que «a través de una aplicación excesiva de la ineficacia ex buena fe de cláusulas sorpresivas no se puede pretender extender sin más el control de transparencia definido por la STS, 1.ª, 9.5.2013 (Ar. 3088) en relación a las cláusulas suelo en contratos con consumidores a los contratos con adherentes empresarios». Considera que no puede pretenderse valorar igual la posible frustración de las legítimas expectativas de un empresario que las de un consumidor, debiendo exigirse al empresario una diligencia mayor, partiendo de la existencia de unos conocimientos previos, de modo que, así como en el caso de los consumidores la información (y falta de ella) puesta a disposición por el predisponente es lo relevante en el control y valoración de la cláusula suelo o condición general incluida en contratos celebrados con ellos, en el caso de contratos con empresarios tan relevante es la información suministrada y la no suministrada al empresario por el predisponente, como la diligencia que empleó el empresario adherente en conocer realmente las condiciones financieras de su contrato. Y sobre la diligencia exigible señala este autor: «La diligencia exigible al empresario adherente en el conocimiento de una cláusula suelo dependerá de sus circunstancias subjetivas, entre las que revisten una especial importancia su volumen de negocio, estructura societaria, experiencia, conocimientos financieros, asesoramiento, etc. En este sentido, es obvio que cuanto más se aproximen las circunstancias personales del empresario a las de un consumidor —por ejemplo, autónomo, sin experiencia financiera, que solicita un crédito hipotecario para poner en marcha su negocio— mayor información necesitará para poder prestar un consentimiento sobre el coste del crédito con pleno conocimiento de causa y más posibilidades de éxito puede tener una demanda fundada en el carácter sorpresivo de la inclusión de una cláusula suelo en el contrato de préstamo por ausencia de una información precontractual adecuada». Al respecto de esta opinión, entiendo que el control de transparencia al evocar a una situación subjetiva de comprensibilidad real también permite acoger un análisis de si la falta de comprensión real de la carga económica y jurídica derivada de esa cláusula es fruto de una falta de diligencia del adherente. No creo que el control de transparencia excluya tal valoración. De modo que no entiendo que tal criterio implique un criterio definidor y diferenciador del control que deba hacerse entre empresario y consumidores, en el sentido de descartar que pueda hablarse de un control de transparencia aplicable a empresarios.

[20] En la STS de 9 de mayo de 2013, como consecuencia de haber calificado una cláusula como abusiva por esa falta de transparencia, el Tribunal Supremo determina la nulidad directa de la cláusula, aunque con efectos *ex nunc*, y no *ex tunc*, como prevé el artículo 1303 del Código Civil como efecto típico de la nulidad. Cuestión que ha sido sin duda la más polémica y criticada de esta STS de 9 de mayo de 2013. A este respecto se suscitaron diversas cuestiones prejudiciales ante el TJUE y, aunque el Abogado General encargado del asunto (Sr. Paolo Mengazzi) manifestó en su informe de conclusiones previo no vinculante que esa limitación en la eficacia de la nulidad no es contraria al ordenamiento comunitario, finalmente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia de 21 de diciembre de 2016, ha advertido que la doctrina del Tribunal Supremo español que mantenía la retroactividad (o limitación y los efectos retroactivos) de la nulidad de la cláusula suelo declarada abusiva por falta de transparencia (SSTS de 9 de mayo de 2013, de 25 de marzo de 2015, y de 29 de abril de 2015), es contraria al Derecho de la Unión Europea (concretamente al art. 6 de la Directiva 93/13/CE). Asimismo, gran parte de la doctrina y también diversos juzgados y tribunales han discrepado de ese aspecto del fallo de la STS de 9 de mayo de 2013, que vino matizado por la STS de 25 de marzo de 2015: así, entre otros, cfr., el voto particular a la STS de 25 de marzo de 2015 del Magistrado Excmo. Sr. D. F. J. ORDUÑA MORENO y, asimismo, de este mismo Magistrado, «Control de trasparencia y cláusulas suelo». Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 871/2013; CÁMARA LAPUENTE, S. (2015). Transparencias, desequilibrios e ineficacias…, *op. cit.,* pp. 628 y sigs.; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2016). Retroactividad, transparencia…, *op. cit.*; CORDERO LOBATO, E. (2013a). Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013). Diario La Ley, núm. 8088, de 22 de mayo, y (2013b). Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013). *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, [En línea], núm. 6, disponible en https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/308/278, pp. 131-133; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2013b). La restitución de cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013. *Diario La Ley,* núm. 8154, de 23 de septiembre.

1.6. Responsabilidad civil

La indemnidad del promotor inmobiliario en la vía de regreso. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 28 de noviembre de 2016

The indemnity of the property developer in the action for recovery. Commentary on the Judgment of the Supreme Court (First Chamber) of November 28, 2016

por

PEDRO PÉREZ-CABALLERO ABAD
Doctorando en Derecho. Abogado

RESUMEN: El régimen de responsabilidad solidaria por defectos constructivos que se establece en la relación externa, entre el propietario y los agentes de la edificación, es distinto del régimen de funcionamiento de la solidaridad en la relación interna de tales agentes entre sí. Esta distinción se hace visible en el caso del promotor inmobiliario que no ha intervenido en el origen del daño, quien deberá responder íntegramente frente al propietario perjudicado pero podrá quedar posteriormente indemne en su relación con los restantes agentes de la edificación. La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2016 aborda esta cuestión y desautoriza la polémica Sentencia de la misma Sala, de 13 de marzo de 2007, que había generado dudas en relación con el funcionamiento de la solidaridad pasiva en la vía de regreso.

ABSTRACT: The system of joint and several liability for construction defects established in the external relationship between the owner and the building agents is different from the system of joint and several liability in the internal relationship of such agents to each other. This distinction is made clear in the case of the property developer who was not directly involved in the origin of the damage, who must respond in full to the injured owner, but may later be indemnified in his relationship with the other building agents. The recent judgment of the Supreme Court of November 28, 2016 addresses this issue, and overrules the controversial judgment of the same Chamber of March 13, 2007, which had raised doubts regarding the operation of passive joint and several liability in the action for recovery.

PALABRAS CLAVE: Promotor inmobiliario. Responsabilidad solidaria. Acción de regreso. Indemnidad. Cosa juzgada.

KEY WORDS: Property developer. Joint and several liability. Action for recovery. Indemnity. Res judicata.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL SUPUESTO DE HECHO DE LA SENTENCIA Y LAS CUESTIONES PLANTEADAS.—III. EL RÉGIMEN DE LA SOLIDARIDAD PASIVA DESDE LA PERSPECTIVA DEL PROMOTOR: 1. La responsabilidad solidaria del promotor en la relación externa frente al propietario. 2. El régimen de la solidaridad pasiva del promotor en la relación interna con los demás agentes condenados, y su indemnidad.—IV. LA INEFICACIA DE LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA MATERIAL EN LA VÍA DE REGRESO: 1. La falta de identidad entre *petitum* y *causa petendi*. 2. La desautorización de la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2007.—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El proceso de construcción de los edificios, por su propia configuración y por la progresiva especialización de sus técnicas, hace necesaria la intervención de una pluralidad de agentes que toman parte en su desarrollo, se interrelacionan en sus funciones y contribuyen a su resultado.

Esta situación congénita en el ámbito de la edificación provoca que el sector sea especialmente propenso a sufrir escenarios complejos de legitimación pasiva cuando el edificio presenta daños derivados de defectos constructivos que, en la mayor parte de los casos, se resuelven mediante el uso de la regla excepcional de la solidaridad[1].

El frecuente recurso de los tribunales a la condena solidaria obedece a la mayor protección que se quiere dispensar al propietario o subadquirente del edificio[2], cuando no resulta posible acreditar el origen del daño o el grado de contribución causal de los agentes que lo han perpetrado.

No obstante, el régimen de responsabilidad solidaria que se establece en la relación externa, que une al común de los agentes de la edificación frente al propietario perjudicado, es distinto y no puede confundirse con el funcionamiento de la solidaridad en la relación interna de tales agentes entre sí.

Un caso particular en el que se hace visible esa necesaria distinción es el del promotor profesional que actúa en el proceso únicamente en su condición de tal, esto es, el promotor cuyo rol es el de asumir la iniciativa e impulsar las obras de edificación para su venta a terceros, sin participar materialmente en la construcción ni en la toma de decisiones de naturaleza técnica.

La reciente Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 28 de noviembre de 2016, de la que ha sido ponente el magistrado Exmo. Sr. D. Francisco Javier ORDUÑA MORENO, analiza esta disociación de regímenes en un caso en el que se plantea, como cuestión de fondo, si en un contrato de obra sujeto a la responsabilidad prevista en el artículo 1591 del Código Civil, y tras la condena solidaria a varios agentes de la edificación a asumir el coste de las reparaciones por los defectos constructivos observados, el promotor, que no ha intervenido directamente en el proceso constructivo, puede, en la relación interna, oponerse con éxito a la acción de regreso que ejercita en su contra la empresa constructora que finalmente pagó el coste de las reparaciones por el importe

de su cuota de responsabilidad, que le correspondía de acuerdo con la condena solidaria impuesta.

Esta Sentencia resuelve, con acierto, que el promotor inmobiliario que no ha intervenido en el origen del daño debe quedar indemne de responsabilidad en la relación interna frente a los demás agentes de la edificación que sí lo provocaron.

II. EL SUPUESTO DE HECHO DE LA SENTENCIA Y LAS CUESTIONES PLANTEADAS

El procedimiento que da origen a la Sentencia comentada trae causa de un litigio anterior en el que promotor, constructor y aparejador, fueron condenados solidariamente a asumir el coste de las obras de reparación de un edificio que resultó dañado como consecuencia de determinados defectos constructivos.

La reclamación fue efectuada por las subcomunidades de los garajes del edificio en ejercicio de la acción prevista en el artículo 1591 del Código Civil. La Sentencia de Primera Instancia, confirmada en apelación, condenó a la empresa constructora por no actuar conforme a las exigencias de su *lex artis* y condenó al aparejador por el incumplimiento de sus obligaciones de vigilancia y de control. La empresa promotora también fue condenada por su responsabilidad con los adquirentes de la obra, aun cuando no tomó parte en la realización directa de la misma.

Al no haberse podido precisar la contribución causal de cada uno de los intervinientes en el daño, se declaró la responsabilidad solidaria entre todos ellos. En fase de ejecución de Sentencia, la constructora asumió frente a las subcomunidades de los garajes los importes objeto de reclamación.

Son datos relevantes en el supuesto de hecho, por tanto, los dos siguientes. En primer lugar, se considera probado que el promotor no participó de forma causal y efectiva en el origen del daño, sino que su actividad se limitó a contratar a los agentes que intervinieron en el proceso constructivo. Y, en segundo lugar, fue la empresa constructora quien satisfizo al demandante el pago de las obras de reparación a las que resultaron condenados solidariamente los agentes de la edificación.

Ya en el segundo proceso, la empresa constructora ejercita la acción de regreso pretendiendo la redistribución del pago satisfecho por partes iguales entre todos los condenados solidarios. De este modo dirige su demanda contra el aparejador, quien se allana parcialmente, y contra el promotor inmobiliario, quien se opone y reconviene solicitando que se declare su falta de responsabilidad en las deficiencias observadas en el proceso constructivo.

La Sentencia de Primera Instancia estima la demanda promovida por la empresa constructora y condena tanto al aparejador como al promotor a reintegrar al constructor las cantidades conforme a su cuota, de manera que cada uno de los tres agentes debe pagar un tercio del total objeto de condena en el pleito antecedente. Esta Sentencia destaca el carácter vinculante de la Sentencia recaída en el anterior proceso, en la que se ejercitó la acción del artículo 1591 del Código Civil, apostillando que no es posible individualizar la cuota de responsabilidad de cada uno de los codemandados al no haberse desplegado prueba en dicho proceso, por lo que debía establecerse una proporción por partes iguales. En cuanto a la reconvención, considera que no cabe revisar la responsabilidad de la promotora al tratarse de una cuestión solventada en Sentencia firme.

La Sentencia de la Audiencia Provincial[3], en grado de apelación, estima el recurso planteado por el promotor inmobiliario y revoca la Sentencia de Primera Instancia, básicamente, en el sentido de absolver a este agente de la edificación, desestimar su reconvención y confirmar la condena impuesta al aparejador.

El pronunciamiento da lugar al recurso de casación[4] promovido por el constructor al considerar que la Sentencia de la Audiencia Provincial infringe el artículo 1145 del Código Civil en relación con el artículo 1138 del mismo texto. Según la argumentación del recurrente y su interpretación de tales preceptos, el condenado en solidaridad no puede resultar exonerado, en la vía de regreso, del pago de su correspondiente cuota de responsabilidad fijada por Sentencia firme en un pleito anterior. En apoyo de su planteamiento invoca la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2007.

El Tribunal Supremo se enfrenta a dos cuestiones fundamentales para solucionar el caso: la que atañe al régimen de la solidaridad pasiva, vista desde la posición que asume el promotor inmobiliario en el proceso de la edificación, y el alcance limitado de la excepción de cosa juzgada material en la vía de regreso. Un adecuado análisis de las mismas le conduce a confirmar, con acierto, el criterio mantenido por la Sentencia recurrida. Veámoslo.

III. EL RÉGIMEN DE LA SOLIDARIDAD PASIVA DESDE LA PERSPECTIVA DEL PROMOTOR

La configuración de la solidaridad se disciplina, con carácter general, en los artículos 1137 a 1148 del Código Civil. Señaladamente, los artículos 1137 y 1138 de dicho texto configuran como excepcional el régimen de la solidaridad de manera que, si del texto de las obligaciones no resulta otra cosa, se entenderá la obligación dividida en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya.

Desde la perspectiva de la solidaridad pasiva, la razón de ser de la presunción de mancomunidad se acomoda al principio del *favor debitoris*, entendiéndose que el deudor quiso obligarse a lo menos oneroso cuando se constituyó en obligado frente a su acreedor[5].

En el ámbito especial de la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación, ese carácter excepcional de la solidaridad pasiva queda hoy patente en el artículo 17.3 de la Ley de Ordenación de la Edificación, que reserva este régimen de responsabilidad para aquellos casos en los que no pueda individualizarse (*rectius*, determinarse[6]) la causa de los daños materiales, o bien quede probada una concurrencia de causas[7] sin posibilidad de precisar el grado de intervención de cada agente en el daño producido.

Estos supuestos excepcionales de responsabilidad solidaria que refleja el precepto son, en realidad, la consolidación en una norma con rango de ley de los requisitos que ya se contemplaban en la jurisprudencia que interpretaba el artículo 1591 del Código Civil[8] en casos como el que aborda la Sentencia que es objeto de este estudio.

Junto con estos supuestos excepcionales de responsabilidad solidaria, el segundo inciso del mismo artículo 17.3 de la Ley de Ordenación de la Edificación contempla otro caso de solidaridad que también supone la confirmación legal de la jurisprudencia anterior[9] recaída en interpretación del artículo 1591 del Código Civil: el supuesto de la responsabilidad solidaria del promotor inmobiliario, quien responderá «en todo caso» con los demás agentes intervinientes en el proceso

de la edificación de los daños materiales ocasionados en el edificio por vicios o defectos de construcción.

La Sentencia glosada explica, a este respecto, que no puede confundirse la responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación frente a los adquirentes de la misma, donde el promotor tiene una específica responsabilidad que le hace responder en todo caso de los daños ocasionados, con el funcionamiento de la solidaridad en el régimen interno entre los agentes que da lugar a la acción de regreso del codeudor que realizó el pago frente al perjudicado. Ambos planos de responsabilidad no son asimilables de forma automática.

1. La responsabilidad solidaria del promotor en la relación externa frente al propietario

Cuando el edificio construido presenta daños materiales a consecuencia de determinados defectos ocasionados durante su proceso de fabricación, el propietario perjudicado puede ejercitar acción para obtener su reparación frente a los distintos agentes que han intervenido en tal proceso.

Podía hacerlo antes por vía del artículo 1591 del Código Civil, y puede hacerlo ahora con fundamento en el artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación, precepto que, en lo que aquí nos ocupa y como hemos apuntado, no es sino un trasunto de la jurisprudencia ya consolidada en esta materia, si bien con un alcance más limitado en cuanto a los daños reclamables[10].

Entre los diversos agentes que toman parte en el hecho constructivo, el promotor inmobiliario está sujeto a un régimen de responsabilidad agravada frente al propietario puesto que responde solidariamente junto con los restantes intervinientes en la edificación como garante de su buen resultado global, y con independencia de que concurra su culpa o negligencia en el acontecimiento que originó el daño[11].

Desde el punto de vista del propietario perjudicado resulta irrelevante, por tanto, que el promotor inmobiliario haya influido causalmente en el resultado dañoso, bien sea mediante la ejecución material de la obra a través de sus propios medios o bien mediante la toma de desacertadas decisiones de naturaleza técnica. Aun en el caso de que el promotor no hubiera participado en absoluto en tales labores o decisiones su responsabilidad frente al propietario se mantiene invariable, lo que se ha explicado como un supuesto de responsabilidad por hecho de otro, en función de mero garante, con un matiz objetivo[12].

El sistema de responsabilidad solidaria del promotor en la relación externa frente al propietario obedece a la intención del legislador de asegurar una mayor solvencia en la posición deudora para hacer efectivo el resarcimiento al perjudicado[13], lo que cobra su sentido si consideramos que existe un motivo de peso legislativo para ello, como es la mayor protección que merece el adquirente como parte débil en el tráfico inmobiliario[14].

De esta manera, existen distintas razones[15] para justificar que sea concretamente el promotor inmobiliario quien deba soportar la carga de garantizar el correcto resultado de la edificación frente al perjudicado, como lo son su decisiva intervención en el proceso de construcción para destinarlas al tráfico de venta a terceros, su consideración como beneficiario económico del negocio jurídico en el que se manifiesta actualmente la construcción de las viviendas o la protección de los intereses de los adquirentes que son considerados como prioritarios por el legislador.

La responsabilidad solidaria del promotor inmobiliario frente al propietario perjudicado, por tanto, se configura como un supuesto de responsabilidad solidaria específica y peculiar entre estos dos sujetos, que debe diferenciarse del régimen de responsabilidad solidaria que envuelve a los agentes de la edificación entre sí, y al que nos referimos a continuación.

2. El régimen de la solidaridad pasiva del promotor en la relación interna con los demás agentes condenados, y su indemnidad

El artículo 1145 del Código Civil, precepto que es objeto de análisis en la Sentencia comentada, se refiere únicamente al régimen de la solidaridad pasiva. En su segundo inciso concede una acción de repetición a aquel codeudor solidario que satisfizo el pago de la deuda frente al acreedor común.

Se ha planteado si el codeudor que paga en la relación externa, liberando así al resto de los codeudores de la deuda frente al acreedor, puede subrogarse en la posición de este o, más bien, el pago extingue la deuda primigenia y aflora un nuevo derecho de crédito[16] a favor del deudor *solvens* frente a los restantes obligados solidarios.

La jurisprudencia[17] ha destacado la diferencia entre ambas figuras. De acuerdo con ella, el codeudor solidario que paga al acreedor no se subroga en el crédito sino que este se extingue y, para evitar un enriquecimiento sin causa, se provee a aquel de la acción de regreso para reclamar la parte que corresponda a cada uno de los restantes codeudores solidarios.

Lo que parece claro es que la acción de regreso instada conforme al segundo párrafo del artículo 1145 del Código Civil no permite mantener la solidaridad en la relación interna entre los codeudores, sino que pasa a regir entre ellos la mancomunidad[18].

Este mismo planteamiento es el que late en la Sentencia comentada cuando incide en que el pago que realizó la constructora (codeudor *solvens*) frente a las subcomunidades de garajes (acreedor común) no comporta una subrogación de la primera en los derechos de la segunda, sino un nuevo derecho de repetición para reclamar al resto de los codeudores la parte que les corresponda «*con arreglo a su cuota de participación en la producción del daño causado*»[19], sin que el nuevo proceso venga condicionado por la Sentencia que fijó, con carácter general, la responsabilidad solidaria.

De esta manera, se asienta una pauta que es fundamental para comprender el alcance de las responsabilidades internas entre el promotor y los demás agentes de la edificación por vicios constructivos. Si bien desde el punto de vista del propietario perjudicado resulta irrelevante que el promotor haya intervenido causalmente en el origen del daño, como hemos dicho más arriba, la cuestión se torna decisiva en el régimen de responsabilidad interno en el que se dirime la cuota de responsabilidad entre los agentes intervinientes.

En el caso analizado, la ausencia de participación causal y directa por parte del promotor en el defecto observado resulta clave, y es precisamente esta la circunstancia que justifica su exención de responsabilidad. Así, existe una diferencia de trato clara entre el promotor que únicamente actúa en su condición de tal (como es el caso del mero promotor-vendedor), y el promotor que, además, actúa en otra condición (como podría ser el caso del promotor-constructor).

Al promotor que únicamente actúa en su condición de tal, limitándose a impulsar la edificación sin intervenir en la proyección, en las decisiones técnicas

o en la ejecución, no podrá reputársele una contribución material y directa en el origen del daño[20] y, en consecuencia, no habrá de responder del daño en la relación interna con los demás agentes de la edificación.

Por ello, la posición del promotor se explica como la de un garante incondicional provisional[21], aunque solo en la relación externa, pudiendo repetir por el todo siempre que haya actuado en su condición de tal, y no cuando lo haya hecho, además, en condición de constructor[22] u otras figuras con atribuciones técnicas en la obra[23], en cuyo caso habría que evaluar su participación en el origen del daño en el caso concreto.

IV. LA INEFICACIA DE LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA MATERIAL EN LA VÍA DE REGRESO

1. La falta de identidad entre *petitum* y *causa petendi*

Como corolario procesal de la doctrina expuesta en los epígrafes anteriores, la Sentencia comentada alcanza la convicción de que no existe eficacia de cosa juzgada material porque no concurre la identidad entre la *causa petendi* y el *petitum*.

Tampoco concurre, podríamos añadir, la identidad subjetiva. Al menos, no en cuanto al mantenimiento de sus posiciones procesales activa y pasiva ya que, en todo caso, quien ocupó la posición de demandante en el pleito inicial (el propietario perjudicado), desaparece en el segundo pleito sin que sea pacíficamente admitida, como se ha dicho más arriba, la tesis de la subrogación del codeudor *solvens* en su lugar.

Ciertamente, el procedimiento judicial primigenio es el que tiene lugar en la relación externa para dirimir las responsabilidades de las que debe responder el conjunto de los agentes de la edificación, como parte demandada, frente al propietario perjudicado, como parte demandante. En tal procedimiento lo que se enjuicia es la responsabilidad derivada de los daños materiales causados en el edificio con arreglo a la acción del artículo 1591 del Código Civil.

Por su parte, el segundo procedimiento es el que atañe a la relación interna de los agentes de la edificación entre sí para dirimir sus responsabilidades por el daño ocasionado. En este proceso lo que se enjuicia es la cuota de responsabilidad que corresponde asumir a cada uno de los intervinientes con arreglo a la acción de regreso que establece el artículo 1145 del Código Civil, impulsada por el codeudor *solvens* en su condición de demandante frente a los restantes agentes de la edificación, en su condición de demandados.

La ineficacia de la excepción de cosa juzgada en la vía de regreso ya había sido advertida por la doctrina[24] bajo el razonamiento de que, en efecto, los litigantes no actúan en el segundo pleito en la misma condición que lo hicieron en el primero y, además, el segundo proceso no tiene el mismo objeto que el anterior, lo que nos aleja del tenor del artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. La desautorización de la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2007

Las anteriores conclusiones que se alcanzan en la Sentencia comentada no se ven empañadas por la polémica[25] Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de

marzo de 2007, expresamente invocada por el constructor, recurrente en casación, en el caso analizado.

Esta Sentencia, de la que fue magistrado ponente el Exmo. Sr. D. José ALMAGRO NOSETE, enjuició un caso en el que la entidad aseguradora de los arquitectos condenados, que satisfizo el pago frente al acreedor común tras el primer pleito, ejercitó acción en vía de regreso frente a los otros codemandados en el juicio anterior con la pretensión de establecer nuevas cuotas según unos determinados porcentajes.

A juicio de la Sala la pretensión contravenía el criterio de partes iguales inherente a la condena previa, lo que se razonó explicando que la responsabilidad solidaria establecida en la primera Sentencia, que no es originaria sino sobrevenida *eventum litis*, es fruto del fracaso probatorio de cada uno de los demandados en la fijación de cuotas distintas a las establecidas, de suerte que pretender una alteración de las mismas en un segundo pleito supondría una revisión encubierta de la cosa juzgada.

La resolución contó con el voto particular discrepante del magistrado Exmo. Sr. D. Antonio SALAS CARCELLER quien razonó que son distintas tanto la relación jurídica, como la pretensión y las personas que intervienen en uno y otro proceso, de forma que no cabe admitir la excepción de cosa juzgada. También argumentó que la solidaridad establecida en el primer proceso no impide, conforme al artículo 1145 del Código Civil, que los condenados, cualquiera que sea el grado de dificultad que comporte, puedan tratar de resolver en un nuevo litigio los problemas de la determinación, cuantificación o, incluso, exención de responsabilidad, pues entre los codemandados no hubo litisconsorcio pasivo necesario, ni actuaron en el segundo proceso con la misma calidad que en el primero.

Este criterio mantenido en el voto disidente es el que, a la postre, se ha impuesto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así cabe colegirlo en otras Sentencias posteriores de la misma Sala, como la de 21 de septiembre de 2010 o, precisamente, la que aquí comentamos de fecha 28 de noviembre de 2016.

En la referida Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2010, de la que fue ponente el magistrado Exmo. Sr. D. Rafael GIMENO-BAYÓN, se enjuicia un supuesto de hecho que, aunque no tiene que ver con el ámbito de la edificación[26], su *ratio* sí es idéntica a la seguida en la Sentencia aquí comentada, de 28 de noviembre de 2016.

En ambas Sentencias, de 21 de septiembre de 2010 y de 28 de noviembre de 2016, se aprecia el mismo razonamiento, que debe ser considerado como jurisprudencia a los efectos del artículo 1.6 del Código Civil por su reiteración, consistente en que el artículo 1145 del mismo texto permite que el deudor *solvens*, en efecto, pueda acudir a un procedimiento posterior en ejercicio de la acción de regreso para debatir la distribución del contenido de la obligación entre todos los sujetos involucrados en la relación interna.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2016 alude a la ya citada de 13 de marzo de 2007 para decir de ella que se trata de una «*resolución aislada que no modifica la doctrina jurisprudencial de esta Sala*», expresión de la que no cabe interpretar cosa distinta que una genuina desautorización de sus postulados.

La solidaridad impuesta en el primer procedimiento, como bien se ha dicho[27], no es más que el punto de partida de la controversia del segundo, por lo que no existe riesgo de resoluciones contradictorias ni vulneración de la cosa juzgada material.

V. CONCLUSIONES

I. En el ámbito de la responsabilidad de los agentes de la edificación por los daños materiales causados en el edificio, debe diferenciarse el régimen de la solidaridad pasiva al que puede haber lugar en la relación externa frente al propietario, del régimen de responsabilidad interno de los agentes entre sí, el cual se dirime en la vía de regreso. Ambos planos de responsabilidad no pueden asimilarse automáticamente.

II. En la relación externa, la responsabilidad solidaria del promotor es incondicionada y provisional. Resulta irrelevante su grado de contribución causal al daño.

III. A diferencia de lo que ocurre en la relación externa, en la relación interna la ausencia de contribución causal del promotor en el origen del daño es un criterio clave para absolverle de responsabilidad y mantenerle indemne en su patrimonio. En este sentido, existe una clara diferencia de trato entre el promotor que únicamente ha actuado en su condición de tal (como es el caso del mero promotor-vendedor), y el promotor que ha actuado, además, en otra condición (como podría ser el caso del promotor-constructor).

IV. La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 28 de noviembre de 2016, desautoriza la doctrina contenida en la Sentencia de la misma Sala de 13 de marzo de 2007, por la que se consideró que no procedía un segundo pleito entre codeudores para variar la proporción de las cuotas de responsabilidad que habían sido fijadas por igual conforme a la condena solidaria del primer litigio, por vulnerarse los límites de la cosa juzgada.

V. Como corolario procesal de la doctrina expuesta en la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 28 de noviembre de 2016, la excepción de cosa juzgada no es oponible porque no concurre la identidad entre *causa petendi* y *petitum*. Así, mientras en el primer pleito se enjuicia la responsabilidad externa de los agentes frente al perjudicado, conforme al artículo 1591 del Código Civil, en el segundo pleito se dirime la responsabilidad de los agentes en sus reclamaciones internas en relación con el daño ocasionado, conforme a los artículos 1145 y 1138 del Código Civil.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 25 de enero de 1993
- STS de 16 de julio de 2001
- STS de 27 de febrero de 2004
- STS de 13 de marzo de 2007
- STS de 5 de mayo de 2010
- STS de 21 de septiembre de 2010
- STS de 13 de abril de 2016
- STS de 28 de noviembre de 2016
- SAP La Coruña de 29 de abril de 2005
- SAP Madrid de 13 de julio de 2009
- SAP Madrid de 23 de abril de 2012
- SAP La Coruña de 23 de junio de 2014

VII. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ OLALLA, M. P. (2002). *La responsabilidad por defectos en la edificación. El Código Civil y la Ley 38/1999 de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación*. Navarra: Aranzadi.

CAFFARENA LAPORTA, J. (1991). Comentario del artículo 1145 del Código Civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz, P. Salvador Coderch (dir.). *Comentario del Código Civil*, Tomo II. Madrid: Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia (139-142).

CARRASCO PERERA, Á. (2002). La Jurisprudencia post-LOE: ¿Ha cambiado algo en el régimen de responsabilidad por ruina? *Aranzadi Civil*, núm. 21, 19-50.

CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E., GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. (2012). *Derecho de la Construcción y la Vivienda*. Navarra: Aranzadi.

CORDERO LOBATO, E. (2011). Responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación. En: Á. Carrasco Perera, E. Cordero Lobato y M. C. González Carrasco. *Comentarios a la legislación de ordenación de la edificación*. Navarra: Aranzadi, 522-523.

DEL ARCO TORRES, M. A., PONS GONZÁLEZ, M. (2003). *Derecho de la construcción. Aspectos administrativos, civiles y penales*. Granada: Comares.

ESTRUCH ESTRUCH, J. (2011). *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia*. Madrid: Civitas.

— (2006). Algunas cuestiones sobre las responsabilidades en la construcción. *Cuadernos de Derecho Judicial, Derecho y Vivienda*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

FEMENÍA LÓPEZ, P. J. (2004). *La responsabilidad del arquitecto en la Ley de ordenación de la edificación*. Madrid: Dykinson.

GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E. (2011). El litisconsorcio pasivo necesario en el proceso sobre responsabilidad por daños en la edificación. *Práctica de Tribunales*, núm. 83, 6-13.

GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. (2007). Subcontratación en la construcción y responsabilidad en cadena. *InDret* [En línea], núm. 398, disponible en: http://www.indret.com/pdf/398_es.pdf

GÓMEZ LIGÜERRE, C. (2007). Sobre la posibilidad de un segundo pleito entre condenados solidarios para determinar la distribución de las cuotas de responsabilidad. *InDret* [En línea] núm. 490, disponible en: http://www.indret.com/pdf/490_es.pdf

LÓPEZ RICHART, J. (2003). *Responsabilidad personal e individualizada y responsabilidad solidaria en la LOE*. Madrid: Dykinson.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2007). *Responsabilidades y garantías de los agentes de la edificación*. Valladolid: Lex Nova.

MONSERRAT VALERO, A. (2008). *Responsabilidad civil por vicios de la construcción*. Madrid: Difusión Jurídica.

NOTAS

[1] La tendencia jurisprudencial hacia la conversión de la regla general en excepción, y viceversa, se hace perceptible ya en la jurisprudencia que interpretaba el artículo 1591 del Código Civil, y se ha mantenido tras la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación, relegando el criterio de individualización de la responsabilidad de los agentes

a un principio más teórico que práctico. En este sentido, LÓPEZ RICHART, 2003, 63; FEMENÍA LÓPEZ, 2004, 223-224, o GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, 2011, 8.

[2] Se ha explicado que por razones de interés social, y también por razones pragmáticas, la jurisprudencia ha orientado sus esfuerzos a proteger los intereses de los adquirentes de los edificios llegando a establecer una presunción del nexo causal entre la conducta de los agentes que intervienen en la construcción y la ruina del edificio. Esta situación se aparta de la regla general de conformidad con la cual es el perjudicado quien debe probar la existencia de un nexo causal entre la acción u omisión de que se trate y el resultado dañoso (ESTRUCH ESTRUCH, 2006, 144 y 155).

[3] Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección 4.ª, de 23 de junio de 2014.

[4] Se formula en un único motivo al amparo de lo establecido en el ordinal tercero del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interés casacional al considerar que existe doctrina judicial contradictoria entre audiencias provinciales, invocándose en tal sentido la propia Sentencia recurrida y la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección 4.ª, de 29 de abril de 2005, y como resoluciones de signo contrario las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14.ª, de 13 de julio de 2009 y de 23 de abril de 2012.

[5] En este sentido, LÓPEZ RICHART, 2003, 27.

[6] Ante las posibles ambigüedades a las que puede dar lugar la interpretación del término, hay autores que consideran que el vocablo «individualizar» quiso ser utilizado por el legislador como sinónimo de «determinar» o «averiguar» (FEMENÍA LÓPEZ, 2004, 232-234).

[7] En el tenor literal del precepto se lee «concurrencia de culpas», si bien la doctrina ha considerado que tal expresión es incorrecta desde una perspectiva técnica (MARTÍNEZ ESCRIBANO, 2007, 273) ya que lo propio sería interpretar que lo que ha querido establecer el legislador es más bien una «concurrencia de causas», pues hablar de «culpa» no se compadece con el sistema de responsabilidad objetivo de la Ley de Ordenación de la Edificación (LÓPEZ RICHART, 2003, 113-114). La misma interpretación correctora del término se advierte en GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, 2011, 8.

[8] En CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, GONZÁLEZ CARRASCO, 2012, 468, se identifican tanto estos como otros criterios jurisprudenciales sobre el artículo 1591 del Código Civil que han sido positivados en la Ley de Ordenación de la Edificación.

[9] Idem. Y, más específicamente, CARRASCO PERERA, 2002, 36.

[10] El régimen legal de protección que dispensa el artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación se establece «sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales» y únicamente alcanza a la reparación de determinados daños materiales causados en el propio edificio dentro de los plazos de garantía de diez, tres y un año a que se refiere el precepto. Por el contrario, la jurisprudencia que ha interpretado el artículo 1591 del Código Civil concedía al daño reclamable una virtualidad más amplia, incluyendo la protección frente a otros daños de naturaleza distinta (CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, GONZÁLEZ CARRASCO, 2012, 417).

[11] ÁLVAREZ OLALLA, 2002, 91, y, en el mismo sentido, MONSERRAT VALERO, 2008, 173.

[12] DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, 2003, 561. Otros autores (GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, 2011, 8) puntualizan que esta responsabilidad del promotor no lo es tanto por ser agente causante del daño sino porque es un deudor frente a una prestación de resultado.

[13] Así, MARTÍNEZ ESCRIBANO, 2007, 194. Por su parte, ÁLVAREZ OLALLA recuerda que durante la tramitación parlamentaria de la norma se barajó la posibilidad de que la responsabilidad del promotor frente al perjudicado fuera subsidiaria, como así figuraba en el borrador de anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 10 de junio de 1998, si bien en el anteproyecto de 21 de septiembre de 1998 se optó definitivamente por su responsabilidad solidaria (ÁLVAREZ OLALLA, 2002, 92).

[14] En su penúltimo párrafo, la Exposición de Motivos de la Ley de Ordenación de la Edificación resume la voluntad contenida en dicha norma tendente al fomento de la calidad en los edificios y las obligaciones de los agentes que se encargan de desarrollar las actividades del proceso de la edificación, para poder fijar así las responsabilidades y garantías

que protejan al usuario y para dar cumplimiento al derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada.

[15] Encontramos un desarrollo pormenorizado de estas en ESTRUCH ESTRUCH, 2011, 793-797, quien razona esencialmente en este punto desde la perspectiva del mercado de viviendas, y para quien la razón fundamental, de entre todas las apuntadas, es la protección de los intereses de los adquirentes que son considerados como prioritarios por el legislador.

[16] La aparente antinomia que existe entre el artículo 1145 del Código Civil y el artículo 1210, 3.º del mismo texto ha dado lugar a interpretaciones doctrinales diversas, no existiendo unanimidad acerca de si el deudor solidario que paga puede subrogarse, si quiere, en el crédito. Se ha explicado (CAFFARENA LAPORTA, 1991, 140) que el derecho de regreso es algo distinto de la subrogación en el crédito que se produce por el pago de la obligación, indicándose que el primero presupone la extinción de la obligación y constituye un derecho surgido *ex novo* que posibilita al titular la reclamación de las correspondientes cuotas a cada codeudor, mientras que la subrogación da por supuesta la vigencia del crédito e implica la transferencia de este al deudor *solvens*, quien pasa a ocupar el lugar del acreedor originario pudiendo, por tanto, reclamar la totalidad de lo satisfecho con exclusión de su cuota.

[17] Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2001, de 27 de febrero de 2004, de 5 de mayo de 2010, de 21 de septiembre de 2010 y de 13 de mayo de 2011.

[18] En este sentido se pronuncia la reciente Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 13 de abril de 2016, de la que ha sido ponente el magistrado Exmo. Sr. D. José Antonio SEIJAS QUINTANA. Por su parte la doctrina científica también ha considerado que tanto si se entiende que el deudor se subroga en la posición del acreedor primigenio, como si opta por la vía de regreso, en ambos casos se producirá una fragmentación de la deuda (CAFFARENA LAPORTA, 1991, 140).

[19] Véase su Fundamento de Derecho Segundo, epígrafe 2.

[20] En esta línea se ha dicho que al promotor que únicamente ha vendido las unidades privativas que ha mandado construir «*difícilmente puede imputársele la responsabilidad última por la existencia de dichos defectos constructivos en un edificio en cuya construcción en nada ha participado*» (ESTRUCH ESTRUCH, 2011, 811). Parecidamente, se ha expuesto que la responsabilidad del promotor se superpone a la de los demás agentes de la edificación, de modo que «*existiendo un único responsable, el promotor se presentará como responsable solidario pero como garante, y no por sus propias acciones u omisiones, con lo que en sus relaciones internas deberá soportar la totalidad del resarcimiento aquel agente responsable, con independencia de quien satisficiera la indemnización al agente responsable*» (MARTÍNEZ ESCRIBANO, 2007, 196).

[21] El promotor que opera de este modo ha sido calificado como un garante incondicional provisional, precisamente porque puede resarcirse después en la relación interna, incluso aunque no se conozca cuál es la causa de los vicios (CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, GONZÁLEZ CARRASCO, 2012, 428; igualmente en GONZÁLEZ CARRASCO, 2007, 7-9).

[22] Coincide la mayor parte de la doctrina en considerar que el promotor puede regresar por el todo, salvo en el caso en que haya actuado también como constructor. Esta posición se mantiene tanto para aquellos que explican el régimen interno desde el punto de vista de la subrogación (FEMENÍA LÓPEZ, 2014, 260-263), como para aquellos otros que apuntan hacia la inexistencia de subrogación (CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, GONZÁLEZ CARRASCO, 2012, 442 e, igualmente, CORDERO LOBATO, 2011, 522-523).

[23] Aunque en la doctrina científica suele ponerse el ejemplo del promotor-constructor, por ser fácilmente reconocible en la práctica, entiendo que la misma *ratio* resultaría de aplicación al promotor que desempeñase, además, las funciones de cualquier otro de los agentes de la edificación susceptible de ser responsable por vicios constructivos. Por su parte, tampoco podría repetir por el todo aquel promotor que, sin intervenir necesariamente como constructor o como otro agente de la edificación, tomase decisiones que afectasen al resultado dañoso como, por ejemplo, la imposición de materiales inadecuados, o la negación de una modificación del proyecto para ahorrar costes (LÓPEZ RICHART, 2003, 182 y sigs.).

[24] Sobre el derecho de repetición puede leerse en la doctrina científica (ESTRUCH ESTRUCH, 2006, 155, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1993) que no existe cosa juzgada entre ambos procesos, pues los litigantes no actúan en

el segundo pleito con la misma calidad que lo hicieron en el primero y, además, este segundo proceso no tiene idéntico objeto que el anterior. Así, se explica que en el segundo pleito la pluralidad de sujetos intervinientes en la construcción podrán concretar y depurar sus responsabilidades entre sí, tanto cualitativa como cuantitativamente, incluso podrán discutir sobre su exención de responsabilidad. A este último respecto, no obstante, existen autores (GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, 2011, 10-11) que parecen mantener una postura de signo contrario al indicar que en aquellos casos en los que se ha permitido que la acción de repetición no tenga solo por objeto delimitar la concreta cuota de responsabilidad que corresponde a los condenados solidariamente en un proceso anterior, sino que se interesa la exención de responsabilidad del actor ya condenado por una Sentencia firme, en cierto modo, al resolver sobre la acción de repetición se vulnera la cosa juzgada derivada de la primera Sentencia.

[25] Me permito calificarla así por haber dado lugar al voto particular disidente del magistrado Exmo. Sr. D. Antonio SALAS CARCELLER, y por haber sido objeto de una razonable crítica por parte de la doctrina científica (GÓMEZ LIGÜERRE, 2007, 7-14).

[26] El supuesto de hecho de aquella Sentencia versó sobre la acción de regreso entablada por la sociedad, que satisfizo el pago a los acreedores comunes (trabajadores despedidos), frente a otra sociedad que había sido declarada judicialmente en un primer pleito como codeudora solidaria en el marco de una sucesión de empresa. A pesar de tratarse de un supuesto de hecho ajeno al ámbito de la edificación, la propia Sentencia reconoce que la solidaridad derivada del proceso constructivo es aplicable a este supuesto (*vid.,* Fundamento de Derecho Tercero, párrafo 30). No en vano, la Sentencia que es objeto de comentario, de 28 de noviembre de 2016, cita expresamente esta Sentencia de 21 de septiembre de 2010 en apoyo de sus razonamientos, y en detrimento de la anterior de la misma Sala, de 13 de marzo de 2007.

[27] En el primer pleito se juzga la responsabilidad y en el segundo la distribución de esa responsabilidad en la relación interna (GÓMEZ LIGÜERRE, 2007, 14). Así, se explica que la solidaridad impuesta en el primer proceso no sea más que el punto de partida de la controversia del segundo, que no es ni la responsabilidad de los agentes ni la conveniencia de la solidaridad, sino su eficacia en la relación interna entre corresponsables. Por ello, no se aprecia riesgo de que la Sentencia del segundo proceso contradiga la recaída en el anterior.

1.7. Concursal Civil

El acuerdo extrajudicial de pagos, tras la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, y el crédito hipotecario*

Non-judicial repayment agreements following Law 25/2015 of 28 July on the second-chance mechanism, and mortgage lending

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: En el régimen jurídico de los AEP diseñado por la Ley 14/2013, los créditos con garantía real solamente podrían incorporarse al acuerdo extrajudicial de pagos y verse afectados por el mismo si así lo decidiesen los acreedores que ostentasen su titularidad, mediante comunicación expresa al mediador concursal. Se trataba, pues, de un régimen de sometimiento voluntario. Frente a ello, la Ley 25/2015, de 28 de julio, de segunda oportunidad (procedente del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero) introduce como elementos principales del nuevo régimen jurídico de los AEP la ampliación de su ámbito de aplicación a las personas naturales no empresarios, regulando un procedimiento simplificado para estas y la posibilidad de extender los efectos del acuerdo a los acreedores garantizados disidentes, mediante «arrastre» de los mismos. En el ámbito del AEP puede imponerse una dación en pago (por el 100% del valor actualizado del bien hipotecado) al acreedor con garantía real, aunque disienta del mismo. Si con la dación en pago no queda completamente satisfecho el crédito privilegiado (la cuantía del cual es determinada con arreglo al art. 94.5 LC), deberá quedar el remanente insatisfecho dentro del AEP con la calificación que le corresponda y sujeto a las quitas o esperas que se hubiesen acordado. Si bien podría argumentarse que la dación en pago procediese por el 100% del valor de tasación inicial del bien.

ABSTRACT: Under the legal framework governing Non-judicial Repayment Agreements (NJR agreements) designed by Law 14/2013, loans secured by a collateral could only be included under the non-judicial repayment agreement and affected by it where this was so decided by the creditors of the loan, notifying this expressly to the insolvency receiver. As such, it was a voluntary framework. In contrast, Law 25/2015 of 28 July on the second-chance mechanism (deriving

* Este trabajo ha contado con la financiación del Ministerio de Economía y Competitividad, a través del Proyecto DER 2013-46315 «Préstamo responsable y ficheros de solvencia». Investigadora Principal: M. CUENA CASAS.

from Royal Decree-Law 1/2015 of 27 February) introduces, as the main elements of the new legal framework governing NJR agreements, the extension of its scope of application to natural persons who are not business proprietors, establishing a simplified procedure for such people and the possibility of extending the effects of the agreement to dissenting secured creditors, who would be 'dragged into' it. Within the context of an NJR agreement, a creditor with a guaranty of this kind may be compelled to accept an assignment of collateral in settlement of its claim (for 100% of the updated value of the mortgaged asset). Where such an assignment of collateral is insufficient to completely discharge the preferred credit right (the value of which is determined in accordance with artículo 94.5 of the Insolvency Act), the balance shall remain undischarged within the NJR agreement in accordance with the pertinent classification and subject to any write-offs or deferrals that may be agreed. Although it could be argued that the assignment of collateral in settlement of the debt should be for 100% of the initial appraised value of the asset.

PALABRAS CLAVE: Acuerdo extrajudicial de pagos. Garantía real. Dación en pago.

KEY WORDS: Non-judicial repayment agreement. Collateral. Guaranty. Non-recourse debt.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PRESUPUESTOS: QUIENES PUEDEN, O NO PUEDEN, ACCEDER AL AEP.—III. LA SOLICITUD DE AEP.—IV. DESIGNACIÓN DEL MEDIADOR CONCURSAL.—V. EFECTOS DE LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.—VI. TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO HASTA LA REUNIÓN DEL DEUDOR CON SUS ACREEDORES.—VII. LA ADOPCIÓN DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS.—VIII. EFECTOS DEL ACUERDO SOBRE LOS ACREEDORES.—IX. IMPUGNACIÓN DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS.—X. EL CONCURSO CONSECUTIVO. ESPECIALIDADES. —XI. CONCLUSIONES.—XII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS. —XIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, introdujo mediante su artículo 21.7 un nuevo Título a la LC, el Título X, que llevaba por rúbrica «*El acuerdo extrajudicial de pagos*» (arts. 231 a 242 LC). Como señalaba ALCOVER GARAU, el acuerdo extrajudicial de pagos introducido consistía en «un procedimiento extrajudicial alternativo al concurso que inicia determinado deudor solicitando al Registrador mercantil o, de forma excepcional, al Notario de su domicilio que nombre a un mediador concursal, el cual, una vez aceptado el cargo, convoca a determinados acreedores del deudor a una reunión a la que deberán asistir y en la que se discute un plan de pagos previamente elaborado por el mediador concursal con el consentimiento del deudor, con una quita máxima del 25% y una espera que no puede superar los 3 años, que se aprueba si vota a favor del mismo el 60 % del pasivo. Si no se aprueba y el deudor sigue en insolvencia, el mediador concursal solicita inmediatamente

al juez mercantil la declaración de concurso, llamado concurso consecutivo, en el cual se abre necesaria y simultáneamente la fase de liquidación». El fracaso, pues, del acuerdo extrajudicial de pagos impedía una posterior presentación y aprobación de convenio de acreedores en el concurso consecutivo[1]. Por otro lado, no quedaba claro si solo participaban en el acuerdo los acreedores del deudor incluidos en la lista confeccionada por este (arts. 234.1 y 237.1 LC) o todos los acreedores del deudor (como indicaba la Exposición de Motivos de la Ley 14/2013), lo que planteaba el problema de la posición en que quedaban los acreedores del deudor no insertos en la mencionada lista. El legislador había indicado que el acreedor no convocado podía impugnar el eventual acuerdo alcanzado (que le afectaría en cuanto acreedor), siempre y cuando su voto negativo o su abstención hubieran sido decisivas para no alcanzar el acuerdo[2]. De acuerdo con el artículo 231.4.II LC, los créditos con garantía real *solamente podrían incorporarse al acuerdo extrajudicial y verse afectados por el mismo si así lo decidiesen los acreedores que ostentasen su titularidad, mediante comunicación expresa al mediador concursal (art. 231.5.II en relación con el art. 234 LC)*[3]. Por su parte, el artículo 236.2 LC disponía que la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos podría consistir en la cesión de bienes a los acreedores en pago de deudas [o sea, en daciones en pago], debiéndose entonces contar con la aprobación de acreedores que representasen el 75% del pasivo y el consentimiento del acreedor que ostentase una garantía real sobre tal bien[4]. En cuanto al ámbito de aplicación subjetivo del procedimiento, el artículo 231 LC lo circunscribía al empresario persona natural, o profesional, o trabajador autónomo, cuyo pasivo no superase los 5 millones de euros, *excluyendo a los particulares*.

Esta regulación, de la que hemos extraído algunos extremos que nos parecen relevantes, ha sido modificada por la Ley 25/2015, de Segunda Oportunidad (procedente del Real Decreto-ley 1/2015)[5]. Esta Ley permite, como importante novedad, que toda persona física pueda acogerse al AEP y que los acreedores titulares de garantías reales puedan verse vinculados por el mismo, «por arrastre». Por otro lado, en el eventual concurso consecutivo podrá alcanzarse un convenio concursal (art. 242.2.1.ª LC), salvo en el caso de personas físicas no comerciantes, en que el concurso consecutivo desemboca necesariamente en liquidación[6].

II. PRESUPUESTOS: QUIENES PUEDEN O NO PUEDEN ACCEDER AL AEP

Puede acceder al procedimiento extrajudicial de pagos (art. 231 LC), «*cualquier persona física o jurídica, comerciante o no*, que se encuentre en situación de insolvencia actual o inminente siempre que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros». Se considerarán empresarios personas naturales no solamente aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos. Para que las personas jurídicas puedan acceder al procedimiento deben cumplir los requisitos del artículo 231.2 LC[7]. No pueden acceder al procedimiento las personas indicadas en el artículo 231.3 y 4 LC, esto es, los condenados en Sentencia firme por ciertos delitos relacionados con el concurso, en el plazo de los 10 años anteriores a la solicitud del inicio del AEP)[8]; los que hubieren alcanzado un AEP, hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación, o hubieran sido declarados en concurso, dentro de los cinco últimos años[9]; y quienes se encontrasen negociando con los

acreedores un acuerdo de refinanciación o cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite[10]. No podrán acudir al AEP las entidades aseguradoras y reaseguradoras (art. 231.5.III LC)[11].

El deudor deberá encontrarse en situación de insolvencia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 LC, o prever que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones. Como señala CÁBANAS TREJO, un deudor en insolvencia actual también puede solicitar el AEP, «con la esperanza de que una mera reorganización del pasivo, y la posibilidad de pagar algunas de sus deudas mediante una cesión de bienes, permita la recuperación de la solvencia. La función [del AEP] no sería entonces preventiva de la insolvencia, sino que buscaría realmente su remoción»[12].

Si el deudor es persona natural no empresaria, el procedimiento de AEP discurre con las especialidades del artículo 242.bis LC. En otro caso, se aplica forzosamente el sistema general, regulado en los artículos 231 a 241 LC.

III. LA SOLICITUD DE AEP

La *solicitud* (de nombramiento de mediador concursal, art. 232.1 LC) se verifica por el deudor persona física o por el órgano de administración o el liquidador del deudor persona jurídica, mediante modelo normalizado[13], al que se acompaña un *inventario* del activo y los ingresos regulares previstos y una *lista de acreedores* (*de todos ellos*, pues la inexactitud grave en este punto o la presentación de documentos falsos, da lugar a que, de acuerdo con el art. 164.2.2.º LC, el eventual concurso consecutivo se califique como culpable, lo que impediría el acceso al *fresh start,* art. 178.bis.3.1.º LC), expresando la cuantía y vencimiento de sus créditos e incluyendo también a los acreedores con garantía real y de derecho público (art. 232.2.III LC). Para valorar los créditos con garantía real se estará a lo dispuesto en el artículo 94.5 LC[14, 15, 16 ,17].

Se deberán mencionar igualmente, los contratos vigentes y los gastos mensuales previstos. *Si el deudor fuere persona casada, se deberá expresar el régimen económico matrimonial vigente*, *y si estuviere obligado a llevar contabilidad, deberá aportar las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios*. Si los cónyuges son ambos propietarios de la vivienda familiar (o lo es uno solo), y esta puede verse afectada por el acuerdo extrajudicial de pagos, la solicitud deberá ser realizada por ambos, o por uno con el consentimiento del otro (art. 1320 del Código Civil)[18]. En el caso del deudor persona natural empresaria, deberá aportarse también el correspondiente *balance* (art. 231.1 LC). Si los deudores son empresarios o entidades inscribibles en el Registro Mercantil, se solicitará la designación de mediador concursal al registrador mercantil del domicilio del deudor. En los demás casos, la designación se solicitará ante notario del domicilio del deudor (art. 232.3 LC)[19].

IV. DESIGNACIÓN DEL MEDIADOR CONCURSAL

El registrador mercantil o notario que reciba la solicitud comprobará que el solicitante cumple con los presupuestos (art. 231 LC) para poder alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos; los datos y la documentación aportada. Y procederá al nombramiento de mediador concursal[20]. El nombramiento habrá de recaer en la persona natural o jurídica a la que de forma secuencial corresponda de entre las que figuren en la lista oficial que se publicará en el portal correspondiente del *BOE.* Dicha lista será suministrada por el Registro de Mediadores

e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia. El mediador, que puede ser una persona natural o jurídica, deberá poseer esta condición con arreglo a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y, para actuar como administrador concursal en el eventual concurso consecutivo, las condiciones previstas en el artículo 27 LC.

Al aceptar el nombramiento, el mediador concursal deberá facilitar al registrador mercantil o al notario una dirección electrónica en la que los acreedores podrán realizar cualquier comunicación. Una vez que el mediador acepte el cargo, el registrador mercantil o el notario darán cuenta del hecho a los registros públicos de bienes para su constancia por anotación preventiva en la correspondiente hoja registral[21]. También al Registro Civil y a los demás registros públicos que corresponda. Igualmente, comunicará de oficio la apertura de negociaciones al juez competente para la declaración de concurso y ordenará que en el Registro Público Concursal se publique la aceptación del cargo (art. 13 RD 892/2013, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro Público Concursal). También se dirigirá comunicación a la AEAT y a la Tesorería General de la Seguridad Social, conste o no su condición de acreedoras, y a la representación de los trabajadores, si la hubiere, haciéndoles saber su derecho a personarse en el procedimiento (art. 233 LC).

Si el deudor persona física no es empresario, el artículo 242 bis LC fija algunas especialidades, como que el propio notario impulse las negociaciones entre deudor y acreedores, salvo que nombre un mediador concursal, en caso de estimarlo conveniente o por solicitud del deudor.

La aceptación del cargo por el mediador concursal es un trámite trascendental, dado que solo con la aceptación del cargo y comunicación de oficio al juzgado competente para la declaración de concurso (art. 5.bis.1.2.º LC) se despliegan los efectos del artículo 5 bis.4 LC[22]. Esto es, los acreedores que pudieran verse afectados por el acuerdo (no así el crédito público[23]), no podrán iniciar ni continuar ejecución judicial o extrajudicial sobre el patrimonio del deudor, mientras se negocia el AEP y hasta un plazo máximo de tres meses. Se exceptúan de esta prohibición, *los acreedores con garantía real* (cuyas acciones, por tanto, no quedan paralizadas), pero siempre que su garantía recaiga sobre bienes *distintos de la vivienda habitual o bienes necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial* (p.e., segundas residencias).

Si la garantía recayese sobre aquellos bienes (vivienda habitual o bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial), el acreedor puede iniciar el ejercicio de la acción real, sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, *quede paralizado mientras no hayan transcurrido los citados tres meses, o en tanto no se haya producido alguna de las circunstancias indicadas en las letras c) o e) del artículo 5.bis.4 LC. Si las ejecuciones de garantías reales recayesen sobre la vivienda habitual o sobre bienes necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional, y estuviesen tramitándose en el momento de la comunicación al juzgado, deberán suspenderse por el juez que estuviese conociendo de las mismas, con la presentación de la resolución del secretario judicial dando constancia de la comunicación (art. 5.bis.4.II y III)*. Será necesario justificar el carácter de vivienda habitual o de bien necesario para la continuidad de la actividad. El artículo 5.bis.4 LC señala que el propio deudor en su comunicación (en este caso, el notario o el registrador mercantil) indicará qué ejecuciones se siguen contra su patrimonio y cuáles de ellas recaen sobre bienes que considere necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial; lo cual se hará constar en el decreto por el cual el secretario judicial tenga por efectuada

la comunicación, siendo el juez competente para conocer del concurso el que, en caso de controversia, conozca del recurso contra dicho decreto[24, 25].

En el caso del deudor persona natural no empresario, el artículo 242.bis.1.8.º LC prevé que el plazo de suspensión de las ejecuciones previsto en el artículo 235 LC, será de *dos meses*, desde la comunicación de la apertura de negociaciones al juzgado salvo que, con anterioridad, se adoptase o rechazase el AEP o tuviese lugar la declaración de concurso, por el notario/mediador concursal o por el deudor, ya que los acreedores en dicho plazo no pueden solicitar el concurso[26].

V. EFECTOS DE LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

En cuanto a los efectos sobre el deudor, la apertura del procedimiento no impide que el deudor pueda continuar con su actividad laboral, empresarial o profesional, pero desde la presentación de la solicitud deberá abstenerse de realizar cualquier acto de administración y disposición que exceda los actos u operaciones propias del giro o tráfico de su actividad[27]. En el caso de deudor persona física no empresario, «no sería razonable que el deudor mantuviera una plena libertad de disposición de su patrimonio mientras negocia con los acreedores, y lo razonable es referir aquella obligación a los actos más valiosos del patrimonio personal del deudor»[28]. Por otro lado, el deudor no podrá ser declarado en concurso (ni tendrá obligación de solicitar su concurso), en tanto no transcurra el plazo previsto en el artículo 5.bis.5 LC (3 meses desde la comunicación al juzgado), a menos que haya solicitado el concurso antes el mediador concursal, o el propio deudor[29]. Si se trata de una persona natural no empresario, y al término del plazo de 2 meses desde la dicha comunicación, el notario, o en su caso el mediador, considerase que no es posible alcanzar un AEP, instará el concurso del deudor en los diez días siguientes, remitiendo al juez un informe razonado con sus conclusiones (art. 235.5 en relación con el art. 242.bis.9.º LC)[30].

En cuanto a los efectos sobre los acreedores, aparte de la suspensión de las ejecuciones judiciales y extrajudiciales (art. 235.2.a) LC), deberán estos abstenerse de realizar acto alguno dirigido a mejorar su situación respecto del deudor común. Sin embargo, sí que, si disponen de garantía personal, siempre que el crédito contra el deudor hubiere vencido, podrán ejercitarla, no pudiendo el fiador invocar en perjuicio del acreedor la existencia del procedimiento para alcanzar un AEP. Esto es, el artículo 235.4 LC, derogaría para este supuesto, el beneficio de excusión de que goza el fiador (art. 1830 del Código Civil). Durante el plazo de negociación del AEP, y *respecto de los créditos que pudieran verse afectados por el mismo* (por lo tanto, también respecto de los créditos con garantía real), se suspenderá el devengo de intereses de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 LC (art. 235.3 LC).

VI. TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO HASTA LA REUNIÓN DEL DEUDOR CON SUS ACREEDORES

De acuerdo con el artículo 234.1 LC, el mediador concursal, en los diez días siguientes a la aceptación del cargo, deberá comprobar los datos y documentación aportada por el deudor, pudiendo requerirle de subsanación. En ese mismo plazo, comprobará la existencia y cuantía de los créditos y convocará a deudor y acreedores que figuren en la lista aportada por el deudor o de cuya existencia tenga

conocimiento por cualquier otro medio, a una reunión[31]. Esta se celebrará en los dos meses siguientes a la aceptación del cargo, en la localidad del domicilio del deudor. Se excluirá de la convocatoria a los acreedores de derecho público. En la convocatoria deberá expresarse el lugar, día y hora de la reunión, la finalidad de alcanzar un acuerdo de pago y la identidad de cada uno de los acreedores convocados, con expresión de la cuantía del crédito, fecha de concesión y de vencimiento y las garantías personales o reales constituidas.

El artículo 242.bis de la LC señala que en el caso de que el deudor sea persona natural no empresario y actúe el notario como mediador, el plazo para la comprobación de créditos y convocatoria de la reunión será de quince días desde la presentación de la solicitud de AEP al notario. La reunión, en todo caso, o sea actúe como mediador el notario o se designe un mediador, deberá celebrarse en un plazo de 30 días desde la convocatoria.

Tan pronto como sea posible, y en cualquier caso, con una antelación mínima de 20 días naturales a la fecha prevista en la convocatoria para la reunión, el mediador concursal remitirá a los acreedores, con consentimiento del deudor, una propuesta de AEP sobre los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud.

La propuesta incluirá un plan de pagos y un plan de viabilidad, y contendrá una propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones, incluyendo, en su caso, la fijación de una cantidad en concepto de alimentos para el deudor y su familia, y de un plan de continuación de la actividad profesional o empresarial que se desarrollará. También incluirá copia del acuerdo o solicitud de aplazamiento de los créditos de derecho público, o, al menos, de las fechas de pago de los mismos, si no van a satisfacerse en sus plazos de vencimiento.

La propuesta podrá contener las medidas del artículo 236.1 LC, esto es, esperas por un plazo no superior a 10 años, quitas, cesión de bienes en pago o para pago de la totalidad o parte de sus créditos[32], la conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora, en préstamos participativos, en obligaciones convertibles o préstamos subordinados, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original. En ningún caso la propuesta podrá consistir en la liquidación global del patrimonio del deudor, ni podrá alterar el orden de prelación de créditos legalmente establecido, salvo que los acreedores postergados consientan expresamente. Como señala CABANAS TREJO, las reglas sobre contenido del AEP son similares a las reglas del artículo 100 LC (contenido de la propuesta de convenio de masa) y de la Disp. Adic. 4.ª LC[33].

Los acreedores pueden remitir propuestas alternativas o de modificación en los diez días naturales posteriores a la recepción del AEP. Transcurrido este plazo, el mediador concursal remitirá a los acreedores el plan de pagos y viabilidad final aceptado por el deudor. Si antes de esta remisión, decidieran no continuar con las negociaciones los acreedores que representasen al menos *la mayoría del pasivo que pueda verse afectado por el acuerdo*, el mediador concursal deberá solicitar de inmediato la declaración de concurso de acreedores, siempre que el deudor se encontrase en situación de insolvencia actual o inminente (art. 236.4 LC).

En el caso de persona natural no empresario, la propuesta de AEP se remitirá con una antelación mínima de 15 días naturales a la fecha de la reunión y únicamente podrá contener las medidas previstas en las letras a), b) y c) del artículo 236.1 LC, esto es, esperas por periodo no superior a 10 años, quitas y cesiones de bienes en pago o para pago.

Los acreedores convocados deben asistir a la reunión, salvo que hubiesen manifestado antes su aprobación u oposición (art. 237 LC), so pena de que su crédito se califique como subordinado en el eventual concurso consecutivo. Se exceptúa de esta sanción a los acreedores con garantía real.

El plan de pagos (que contiene detalle de los recursos previstos para su cumplimiento) y el plan de viabilidad podrán modificarse en la reunión, siempre que no se alteren las condiciones de pago de los acreedores que hubieren manifestado su aprobación previa y por ello no asistan a la reunión (art. 237.2 LC).

VII. LA ADOPCIÓN DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

El AEP afecta a todos los créditos del deudor, también a los créditos con garantía real, pero solo en los términos de lo dispuesto por los artículos 238 y 238 bis (art. 231.5 LC), «que prevé supuestos de arrastre similares a los previstos para el convenio en la reforma del Real Decreto-ley 11/2014». No afecta, sin embargo, a los créditos de derecho público (como ya previera la Ley 14/2013), ni siquiera cuando gocen de garantía real[34].

Como señala FERNÁNDEZ SEIJO, el artículo 238 LC «establece las mayorías que necesitará el deudor para alcanzar el acuerdo extrajudicial de pagos, mayorías que varían en función de las quitas y esperas propuestas y de la extensión [del acuerdo] a los acreedores con garantías reales. Las mayorías son más severas que las previstas en la LC para el convenio concursal y la quita ordinaria no puede ser superior al 25% de la deuda. Este precepto debe completarse con el artículo 238 bis LC, que permite la extensión de los efectos a los acreedores con garantías reales»[35].

En concreto, se prevé que el cálculo de las mayorías se efectúe *sobre la totalidad del pasivo que pueda resultar afectado por el acuerdo* (acreedores con privilegio general, acreedores ordinarios y subordinados y acreedores con garantía real por la parte de crédito que exceda del valor de la misma, siempre que, en todo caso, no se trate de acreedores de derecho público[36]). Si votase a favor del mismo el *60% de dicho pasivo*, los acreedores sin garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la misma, quedarán sometidos a las esperas (de principal, intereses o cualquier otra cantidad adeudada) por *un plazo no superior a cinco años y a quitas de hasta un 25% del importe de los créditos,* así como a la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo (art. 238.1.a) LC). Si votase a favor del AEP un *75% del pasivo* mencionado, los mismos acreedores *quedarán sometidos a esperas de entre cinco y 10 años y a quitas de más de un 25% del importe de los créditos*, así como a las demás medidas previstas en el artículo 236 LC [art. 238.1.b) LC].

Si la propuesta de AEP es aceptada, el acuerdo alcanzado deberá elevarse inmediatamente a escritura pública, que cerrará el expediente que hubiera abierto el notario. Para los abiertos por el registrador mercantil, se presentará ante el Registro Mercantil copia de la escritura para que el registrador pueda cerrar el expediente. El cierre del expediente será comunicado por el notario o por el registrador al juzgado que hubiera de tramitar el concurso así como a los registros públicos de bienes para la cancelación de las anotaciones practicadas. Igualmente se publicará la adopción del AEP en el Registro Público Concursal, con indicación de que el expediente está a disposición de los acreedores interesados en el Registro Mercantil o Notaría correspondiente para la publicidad de su contenido[37, 38].

Si la propuesta de AEP no fuera aceptada, y el deudor continuara incurso en insolvencia, el mediador concursal (o el notario, *arg. ex* art. 242.bis.9.º LC) solicitará de inmediato la declaración de concurso consecutivo, instando, en su caso, también la conclusión del mismo por insuficiencia de masa activa (art. 176.bis LC).

El AEP adoptado no podrá ser objeto de rescisión en un eventual concurso posterior (art. 238.4 LC).

Los acreedores con garantía real, por la parte de crédito que no exceda del valor de la garantía, solo quedarán vinculados si hubieren votado a favor del AEP. No obstante, aun no habiendo aceptado el AEP los acreedores con garantía real quedarán vinculados al mismo por la parte señalada, en caso de que hubieren votado a favor del mismo el 65 por 100 del *valor total de garantías otorgadas*, si se trata de las medidas previstas en el artículo 238.1.a) LC, o del 80 por 100, si se trata de las medidas previstas en el artículo 238.1.b) LC (así por ejemplo, si se trata de cesiones en pago)[39, 40].

VIII. EFECTOS DEL ACUERDO SOBRE LOS ACREEDORES

Por virtud del AEP, los créditos afectados quedarán aplazados, remitidos o extinguidos conforme a lo pactado.

Ningún acreedor afectado por el acuerdo podrá iniciar o continuar ejecuciones contra el deudor por deudas *anteriores* a la comunicación de la apertura del expediente (se entiende que al juzgado competente para conocer de la declaración de concurso) (art. 240.1 LC). Pero, *a sensu contrario,* los acreedores con garantía real no vinculados al AEP por el importe de su crédito privilegiado, porque no votaron a favor del mismo, y no fueron objeto de arrastre, podrán continuar o iniciar ejecuciones de sus garantías reales.

En relación con los embargos que se hubiesen practicado y anotado en los registros públicos de bienes, por dichas deudas anteriores a la comunicación del expediente, el deudor podrá solicitar su cancelación del juez que los hubiera ordenado (art. 240.1 *in fine* LC).

Los acreedores que no hubiesen aceptado o hubiesen mostrado su disconformidad con el AEP y resultasen afectados por el mismo, *mantendrán, en todo caso, sus derechos frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a sus fiadores o avalistas*, quienes no podrán invocar la aprobación del acuerdo extrajudicial de pagos en perjuicio de aquellos (art. 240.3 LC). En cuanto a los acreedores que hubieren suscrito el AEP, dependerá de lo que se hubiera acordado en la respectiva obligación jurídica (art. 240.4 LC). Disposiciones similares se contienen en el artículo 135 LC, en relación con el convenio concursal[41].

El mediador concursal (o en su caso, el notario que hubiere actuado como tal), supervisará el cumplimiento del acuerdo. Si fuera íntegramente cumplido, lo hará constar en un acta notarial que se publicará en el Registro Público Concursal. Si fuera incumplido, el mediador deberá instar el concurso consecutivo, considerándose que el deudor incumplidor se encuentra en estado de insolvencia (art. 241 LC).

IX. IMPUGNACIÓN DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS.

De acuerdo con el artículo 239, en relación con el artículo 238.2 LC, una vez publicado el AEP en el Registro Público Concursal, este puede ser impugnado

(dentro de los diez días siguientes) por los acreedores que no hubieran sido convocados a la reunión, los acreedores que no hubieran votado en ella a favor del acuerdo y por los que hubieran manifestado su oposición antes de la reunión (en los términos del art. 237.1 LC). La impugnación se verificará ante el juzgado que fuera competente para conocer del concurso del deudor.

La impugnación no suspende la ejecución del acuerdo. Y deberá fundamentarse en la falta de concurrencia de las mayorías exigidas para la adopción del acuerdo (teniendo en cuenta, en su caso, a los acreedores que, debiendo concurrir, no hubieran sido convocados), en la superación de los límites impuestos por el artículo 236.1 LC (así, a las esperas) o en la desproporción de las medidas acordadas. La Sentencia de anulación del acuerdo se publicará en el Registro Público Concursal y dará lugar a la sustanciación del concurso consecutivo del artículo 242 LC.

X. EL CONCURSO CONSECUTIVO. ESPECIALIDADES

Es concurso consecutivo el que se declara a solicitud del mediador concursal, del deudor o de los acreedores por la imposibilidad de alcanzar un AEP (art. 5. bis.5, 235.5, 237.3 y 242.bis.1.9.º LC) o por su incumplimiento (art. 241.3 LC). También tiene esta consideración el que se abre como consecuencia de la anulación del AEP alcanzado.

El concurso consecutivo se rige por lo dispuesto para el procedimiento abreviado con ciertas especialidades reguladas en el artículo 242.2 LC. Así, salvo justa causa, el juez designará administrador del concurso al mediador concursal, dejando de regir el principio de confidencialidad para este.

Si la solicitud de concurso se presenta por el deudor o el mediador concursal, estos deberán formular *una propuesta anticipada de convenio o un plan de liquidación* (art. 242.2.1.ª LC).

Si la solicitud fuese presentada por los acreedores, el deudor podrá presentar una de ambas en los 15 días siguientes a la declaración de concurso (art. 242.2.1.ª LC).

Si el mediador concursal hubiese solicitado el concurso consecutivo, debe pronunciarse sobre la concurrencia de los requisitos para acceder a un *fresh start* o sobre la apertura de la sección de calificación (art. 242.1.ª.II.b LC).

Si el deudor o el mediador concursal hubieran solicitado la liquidación, y en los casos de inadmisión a trámite, falta de presentación o aprobación o incumplimiento de la propuesta anticipada de convenio, se abrirá necesaria y simultáneamente la fase de liquidación que se regirá por lo dispuesto en el Título V LC (art. 242.2.8.ª LC), debiendo presentar el administrador concursal un plan de liquidación, en el plazo de 10 días desde la apertura de la fase de liquidación, si no lo hubiera hecho el deudor[42].

Tanto el concursado como los acreedores, dentro del plazo de alegaciones al plan de liquidación, podrán formular observaciones sobre la concurrencia de los requisitos exigidos para acordar el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho del concursado persona natural. Los acreedores también podrán solicitar, mediante escrito razonado, la apertura de la sección de calificación (art. 242.8.ª.II LC).

Si el concurso se calificara como fortuito y el deudor fuese persona natural, el juez, en el auto de conclusión, declarará la exoneración del pasivo insatisfecho en la liquidación, siempre que se cumplan los requisitos y con los efectos del artículo 178 bis LC (art. 242.9.ª LC).

En el caso de persona natural *no empresaria,* el concurso consecutivo se abrirá *directamente en la fase de liquidación* (art. 242.bis.10.º LC). Como señala FERNÁDEZ SEIJO «el concurso consecutivo puede no ser necesariamente de liquidación dado que el artículo 242.2.1.ª LC prevé que se pueda presentar una propuesta anticipada de convenio, *excepto en el caso de personas físicas no comerciantes, en el que el concurso consecutivo es liquidativo en todo caso*»[43].

XI. CONCLUSIONES

I. En el régimen jurídico de los AEP diseñado por la Ley 14/2013, los créditos con garantía real *solamente podrían incorporarse al acuerdo extrajudicial de pagos y verse afectados por el mismo si así lo decidiesen los acreedores que ostentasen su titularidad, mediante comunicación expresa al mediador concursal.*

II. La Ley 25/2015, introduce como elementos principales del nuevo régimen jurídico de los AEP la ampliación de su ámbito de aplicación a las personas naturales no empresarios, regulando un procedimiento simplificado para estas y *la posibilidad de extender los efectos del acuerdo a los acreedores garantizados disidentes, mediante «arrastre» de los mismos frente al régimen de sometimiento voluntario vigente con anterioridad.*

III. La lista de acreedores, que deberá acompañar el deudor junto con su solicitud de nombramiento de mediador debe incluir a los créditos con garantía real, para la valoración de los cuales se estará a lo dispuesto en el artículo 94.5 LC, precepto que pretende reducir a sus límites el privilegio hipotecario.

IV. El AEP puede imponer una dación en pago al acreedor con garantía real, aunque disienta del mismo.

V. Si con la dación en pago no queda completamente satisfecho el crédito garantizado (porque este excede del valor de la garantía, o sea del 100% de la nueva valoración o de la tasación de antigüedad no superior a 12 meses desde la fecha de nombramiento del mediador concursal), deberá quedar el remanente insatisfecho dentro del AEP con la calificación que le corresponda. *Si bien cabría pensar en una dación en pago por el 100% del valor de tasación inicial del inmueble.*

VI. La dación en pago no puede imponerse al acreedor hipotecario por el importe total del crédito, sino solo por la parte de su crédito que *no exceda del valor de la garantía*. *Esto es lo que parece querer decir el legislador al efectuar la remisión al artículo 155.4 LC.*

VII. *Si cabría que, pactándolo, el acreedor con garantía real, aceptase la dación en pago del bien objeto de la misma por la totalidad de la deuda*

VIII. *Por la parte de su crédito que exceda del valor de la garantía real, el acreedor sí queda vinculado por el AEP (aunque no haya votado a favor del mismo), en cuanto no es crédito privilegiado,* quedando, pues, sujeto a las quitas o esperas que se hubiesen acordado.

XII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- SJM núm. 6 de Madrid, de 7 de mayo de 2015
- SJM núm. 3 de Vigo, de 24 de noviembre de 2015
- SJM núm. 1 de Burgos, de 26 de octubre de 2015

XIII. BIBLIOGRAFÍA

ALCOVER GARAU, G. (2014). Crítica al régimen jurídico del acuerdo extrajudicial de pagos. *Diario La Ley,* núm. 8327, 1-8.

BERROCAL LANZAROT, A. I. (2016). Las últimas reformas normativas para la defensa del deudor hipotecario. El nuevo régimen legal del acuerdo extrajudicial de pagos y el mecanismo de segunda oportunidad. En: C. Callejo Rodríguez (coord.). *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea.* Madrid: Dykinson, 109-264.

CABANAS TREJO, R. (2015). El nuevo régimen legal de la exoneración del pasivo concursal y del acuerdo extrajudicial de pagos (Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero). *Diario La Ley,* núm. 8505, 1-27.

COUSO PASCUAL, J. R. (2016). La posición del acreedor hipotecario en el ámbito concursal, tras las últimas reformas: algunas reflexiones. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal,* núm. 24, 1-5.

FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.ª (2015). Aspectos concursales de la Ley de segunda oportunidad. *Diario La Ley,* núm. 8500, 1-19.

GÓMEZ AMIGO, L. (2016). *Nuevo régimen de los acuerdos extrajudiciales de pago.* Madrid: Editorial Reus.

GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (2016). Derechos reales y concurso de acreedores. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal,* núm. 25, 1-14.

JIMÉNEZ PARÍS, T. A. (2011). Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 724, 1159-1180.

PARRA BAUTISTA, J. R. De la «Segunda Oportunidad» y la clasificación concursal que ha de darse al crédito hipotecario insatisfecho tras la ejecución de la vivienda habitual del consumidor persona física. *La Ley Derecho de familia,* núm. 4, cuarto trimestre de 2014, 1-10.

PINO ABAD, M. (2016). El nuevo régimen jurídico de los acuerdos extrajudiciales de pago tras la entrada en vigor de la Ley 25/2015, de 28 de julio. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal,* núm. 24, 1-5.

THOMÀS PUIG, P. M.ª (2016). El crédito con garantía real en el concurso. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal,* núm. 24, 1-14.

NOTAS

[1] ALCOVER GARAU, 2014, 2. El artículo 242.2 LC, en redacción dada por la Ley 14/2013, señalaba que «en el concurso consecutivo, salvo el supuesto de insuficiencia de masa activa en los términos previstos en el artículo 176 bis de la Ley, se abrirá *necesaria y simultáneamente la fase de liquidación*, de conformidad con lo dispuesto en el Título V de esta Ley, con las especialidades siguientes…». La norma, pues, vedaba el convenio de masa en el seno del concurso consecutivo. Por otro lado, faltaba una norma análoga a la del artículo 140.4 LC, según la cual la declaración de incumplimiento del convenio supondría la resolución de este y la desaparición de los efectos sobre los créditos a que se refiere el artículo 136 LC. Lo que planteaba la duda de si en caso de incumplimiento del AEP los efectos del mismo (aplazamiento, remisión o extinción del crédito) desaparecían o no. ALCOVER GARAU consideraba que tales efectos no desparecían, dado que, de lo contrario, no habría necesidad de establecer la regla explícita del artículo 140.4 LC (ALCOVER GARAU, 2014, 7-8). La regulación actual del AEP sigue adoleciendo de tal norma y tampoco ha aclarado la cuestión. En este sentido, CABANAS TREJO señala que la reforma no aclara si el incumplimiento del AEP supone la automática resolución del mismo y sus efectos, o si esta se ha de pactar expresamente, como pacto posible, ya

sea para todo su contenido, o solo en parte (como en la Disp. Adic.4.ª.11 LC) (CABANAS TREJO, 2015, 13).

[2] *Cfr.*, ALCOVER GARAU, 2014, 2. Igualmente, CABANAS TREJO, 2015, 11.

[3] Redacción dada por Ley 14/2013; artículo 231.5.II LC: «Los créditos de derecho público no podrán verse afectados por el acuerdo extrajudicial. *Los créditos con garantía real únicamente podrán incorporarse al acuerdo extrajudicial y verse afectados por el mismo si así lo decidiesen los acreedores que ostenten su titularidad, mediante la comunicación expresa prevista por el apartado 4 del artículo 234*»; artículo 234.4 LC: «Una vez recibida la convocatoria [para la reunión de los acreedores], los acreedores titulares de créditos con garantía real que voluntariamente quisieran intervenir en el acuerdo extrajudicial deberán comunicárselo expresamente al mediador en el plazo de un mes».

[4] Artículo 238.1 LC, en redacción dada por Ley 14/2013: «Para que el plan de pagos se considere aceptado, será necesario que voten a favor del mismo acreedores que sean titulares, al menos, del 60 por ciento del pasivo. *En el caso de que el plan de pagos consista en la cesión de bienes del deudor en pago de deudas, dicho plan deberá contar con la aprobación de acreedores que representen el setenta y cinco por ciento del pasivo y del acreedor o acreedores que, en su caso, tengan constituida a su favor una garantía real sobre estos bienes*. En ambos supuestos, para la formación de estas mayorías se tendrá en cuenta exclusivamente el pasivo que vaya a verse afectado por el acuerdo y a los acreedores del mismo».

[5] Las reformas más relevantes que ha sufrido la LC en los últimos años son las derivadas del Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial; del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal y, por último, la introducida por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. Estos Reales Decretos-Ley fueron objeto de tramitación parlamentaria dando lugar respectivamente a la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, a la Ley 9/2015, de 25 de marzo y a la Ley 25/2015, de 28 de julio.

[6] *Cfr.*, FERNÁNDEZ SEIJO, 2015, 13. Como señala PINO ABAD, «hasta la entrada en vigor del RDL 3/2009, de 27 de marzo, y de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, nuestro Ordenamiento jurídico no contaba con un régimen jurídico que regulara específicamente los acuerdos entre los deudores y sus acreedores con el objetivo de solventar las dificultades económicas por las que aquellos atravesaran, eludiendo su insolvencia y, con ello, los efectos que una hipotética declaración en concurso de los deudores pudiera tener sobre estos, sus créditos y sus acreedores. Tales acuerdos resultaban sometidos a la autonomía de la voluntad de las partes y a las reglas generales de nuestro Derecho patrimonial privado en materia de obligaciones y contratos, por lo que circunscribían su eficacia a las partes contratantes, sin que fuera posible la extensión de sus efectos a quienes no los hubieran consentido. El RDL 3/2009 y tras este, la Ley 38/2011, regularon los legalmente denominados acuerdos de refinanciación (régimen jurídico posteriormente modificado por la Ley 14/2013, el RDL 4/2014, la Ley 17/2014 y la Ley 9/2015) y la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, los llamados acuerdos extrajudiciales de pago (cuyo régimen fue posteriormente modificado por el RDL 1/2015, de 27 de febrero y por la Ley 25/2015, de 28 de julio). *Se trata de procedimientos preconcursales de resolución de la insolvencia. La finalidad de estas instituciones preconcursales es resolver o prevenir la insolvencia actual o inminente del deudor. En suma, intentar eludir la declaración en concurso de un deudor en dificultades económicas a través de un acuerdo con sus acreedores concluido de modo privado o mediante un expediente extrajudicial, con aptitud para extender sus efectos más allá de sus estrictos firmantes y la cobertura de que, en el supuesto de ser finalmente declarado en concurso, dicha declaración no perjudicará los derechos y expectativas económicas de los acreedores que quedaron afectados por el acuerdo con su deudor.* Por lo que se refiere específicamente a los acuerdos extrajudiciales de pagos, tanto la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de emprendedores, como la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de la segunda oportunidad*, han tratado [de] flexibilizar el contenido y efectos de los AEP asimilando su regulación a la de los acuerdos de refinanciación contenidos en la LC.* En este sentido, tal y como se indica en la propia Exposición de Motivos de la citada Ley 25/2015, como elementos principales del nuevo régimen jurídico de los AEP se

incluye la ampliación de su ámbito de aplicación a las personas naturales no empresarios, regulándose además un procedimiento simplificado para estas; *la posibilidad de extender los efectos del acuerdo a los acreedores garantizados disidentes, lo que supone un avance frente al régimen de sometimiento voluntario vigente con anterioridad [vid. art. 231.5.2.º y 234.4 y 238.1 LC en redacción dada por la Ley 14/2013 y cfr. con los nuevos 236.2; 238.1. 238.bis.2 y 3 LC];* y la potenciación de la figura del mediador concursal, introduciendo la posibilidad de que actúen como tal las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación y Servicios, si el deudor es empresario [art. 232.3.2.º LC y 233.3 LC], o los notarios, si se trata de personas naturales no empresarios» (PINO ABAD, 2016, 1-2). CABANAS TREJO también indica que la opción fundamental del Real Decreto-ley 1/2015 ha sido ampliar los límites del AEP, tanto de los subjetivos, al incluir a los acreedores garantizados, como de los objetivos, al enriquecer el contenido vinculante del acuerdo con nuevas posibilidades. En su opinión era una reforma esperada después de que el RDL 4/2014 pusiera fin a la invulnerabilidad de la garantía real en los acuerdos de refinanciación de la Disp. Adic. 4.ª LC y el RDL 11/2014, en el convenio concursal, quedando únicamente la excepción del AEP (CABANAS TREJO, 2015, 3).

[7] «A diferencia de los acuerdos de refinanciación que podrán ser solicitados por cualquier deudor insolvente, los acuerdos extrajudiciales de pago solo podrán ser solicitados por deudores personas físicas que se encuentren en situación de insolvencia y que justifiquen que su pasivo no supera los cinco millones de euros, o bien, cualesquiera personas jurídicas que cumplan los siguientes requisitos: a) Se encuentren en estado de insolvencia. b) En caso de ser declaradas en concurso, dicho concurso no hubiere de revestir especial complejidad en los términos previstos en el artículo 190 de esta Ley. No obstante, debemos puntualizar que, *conforme a los criterios sostenidos por los jueces de lo mercantil, para que opere el artículo 190 LC, no es necesaria la concurrencia cumulativa de todos los requisitos exigidos en dicho precepto, siendo suficiente la concurrencia de uno de estos,* lo que en teoría podría conllevar la posibilidad de que se acojan a una tramitación abreviada del concurso y, por ende, a un acuerdo extrajudicial de pagos, empresas que, por ejemplo, cuenten con menos de 50 trabajadores pero que tengan más de 5 millones de pasivo. c) Que disponga de activos líquidos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo. d) Que su patrimonio y sus ingresos previsibles permitan lograr con posibilidades de éxito un acuerdo de pagos en los términos que se recogen en el apartado 1 del artículo 236. *Parece, por tanto, que se trata de un procedimiento de resolución extrajudicial de la insolvencia pensado para pequeñas y medianas empresas*» (PINO ABAD, 2016, 2).

[8] Así interpreta CABANAS TREJO el artículo 231.3.1.º LC por entender que aunque literalmente se refiere a los 10 años «anteriores a la declaración de concurso», hay un error de redacción del legislador (CABANAS TREJO, 2015, 8).

[9] Para CABANAS TREJO la prohibición alcanza a quien en los 5 años anteriores hubiera alcanzado un acuerdo de refinanciación de alguno de los dos supuestos del artículo 71 bis LC, así como a quien hubiera obtenido un acuerdo de refinanciación de la Disp. Adic. 4.ª LC (CABANAS TREJO, 2015, 8).

[10] FERNÁNDEZ SEIJO, 2015, 4-5. El cómputo de dicho plazo comenzará a contar, respectivamente, desde la publicación en el Registro Público Concursal, de la aceptación del acuerdo extrajudicial de pagos, de la resolución judicial que homologue el acuerdo de refinanciación, o del auto que declare la conclusión del concurso. Lo que permite su verificación mediante una simple consulta del Registro. «Surge un problema con las dos modalidades de AR del artículo 71 bis LC, que han de constar en instrumento público, pero no se publican en el RPC. Habrá que conformarse entonces con la manifestación negativa del interesado, y, en caso contrario, con la copia del instrumento para verificar su fecha» (CABANAS TREJO, 2015, 8).

[11] Pero, véase la contradicción legal con el artículo 233.5 LC. El artículo 231.5 LC en redacción dada por la Ley 14/2013 señalaba: «Tampoco será posible iniciar el AEP si cualquiera de los acreedores del deudor, que necesariamente deberán verse vinculados por el acuerdo, hubiera sido declarado en concurso». ALCOVER GARAU señalaba que la norma parecía pretender evitar los problemas que podían derivarse de la coexistencia de un AEP y un convenio concursal, pero tal finalidad la consideraba absurda pues el convenio del acreedor del deudor con sus acreedores, no podía afectar al deudor y este tendería a pagar

a sus acreedores concursados, antes que a los que no lo estuviesen precisamente para no estar incurso en la prohibición del artículo 231.5 LC y poder alcanzar un AEP. El legislador ha decidido eliminar esta prohibición pero lo cierto es que el AEP sí influye en el crédito del acreedor concursado (que puede verse sujeto a quita, espera, etc.), y por lo tanto, incide en la posición de los acreedores del acreedor. Por otro lado, desde la declaración de concurso, el acreedor concursado quedaría sujeto a las limitaciones del artículo 40 LC, por lo que la intervención de la administración concursal (art. 40.6 LC) en el AEP resultaría imprescindible, mediante su autorización o conformidad, o sustitución del acreedor concursado, tanto en la negociación como en la emisión del voto. Impuesto al acreedor concursado un AEP que no hubiera aceptado expresamente, entiendo que la administración concursal estaría legitimada para impugnarlo (art. 239 LC), basándose en la desproporción de las medidas acordadas y en el perjuicio de los intereses del concurso que representa (*arg. ex* art. 40.7 LC).

[12] CABANAS TREJO, 2015, 8.

[13] Como señala CABANAS TREJO «la reforma pretende facilitar el inicio del procedimiento, y para ello implementa formularios normalizados de solicitud, de inventario y de lista de acreedores, que se determinarán mediante orden del Ministerio de Justicia. De cara a un hipotético concurso consecutivo… la inexactitud grave en cualquiera de estos tres documentos (aunque solo se hable de la «solicitud» dará lugar a la calificación culpable del concurso» (CABANAS TREJO, 2015, 9). *Vid.*: Orden *JUS* 2015, 2831, de 17 de diciembre, por la que se aprueba el formulario para la solicitud del procedimiento para alcanzar un AEP, BOE, 29 de diciembre de 2015.

[14] *Vid.*, SJM núm. 3 de Vigo, de 24 de noviembre de 2015.

[15] El artículo 94.5 LC, prevé una serie de disposiciones dirigidas a valorar la garantía (en puridad, el bien o derecho dado en garantía), a efectos de determinar con arreglo al artículo 90.3 LC, la parte de crédito que tiene la condición de privilegiado con privilegio especial, y la parte de crédito que tiene otra condición (privilegiado con privilegio general, ordinario o subordinado). En efecto, el artículo 90.3 LC dispone que «el privilegio especial solo alcanzará la parte de crédito que *no exceda del valor de la respectiva garantía que conste en la lista de acreedores, calculada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 94.5 LC. El importe del crédito que exceda del reconocido como privilegiado especial será clasificado según su naturaleza*». Esto es, el crédito privilegiado, con privilegio especial, debe ser comunicado en el concurso (art. 85.3 LC), acompañando título o documento acreditativo del crédito (art. 85.4 LC), del que la administración concursal podrá solicitar original o copia autorizada, salvo que los títulos o documentos figuren en un registro público. Se incluirá necesariamente en la lista de acreedores si se trata de crédito con garantía real inscrita en registro público (art. 86.2 LC), con posibilidad de impugnación por la administración concursal, de la existencia y validez del crédito, en juicio ordinario y dentro del plazo para emitir su informe. La clasificación del crédito se verificará como indica el artículo 90.3 LC, en relación con el artículo 96.3 LC. El artículo 94.5 LC utiliza el término «valor razonable del bien», como parámetro a seguir en la tasación del bien. Entendiendo que el valor del bien o garantía es el resultado de restar al 90 % de ese valor razonable del bien, las deudas pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo. Si bien se fijan unos límites al valor de la garantía (o sea al crédito privilegiado), según los cuales, dicho valor nunca podrá ser negativo (inferior a cero), ni superior al valor del crédito garantizado o al valor máximo de responsabilidad hipotecaria asegurada. Ello no significa que en la ejecución separada (o colectiva, dentro de la liquidación concursal) del bien no pueda obtenerse un mayor valor de realización, de manera que haciendo suyo el acreedor ejecutante el montante resultante de la ejecución en cantidad que no exceda de la deuda originaria (y comunicada al concurso), el resto, si lo hubiere, corresponderá a la masa del concurso (*arg. ex* arts. 140.4.2.º y 155.5 LC). (*Vid.,* THOMÁS PUIG, 2016, 3-4 y 7; COUSO PASCUAL, 2016, 4). Si bien, existiendo «créditos hipotecarios inscritos con posterioridad y reconocidos como tales en el concurso, la interpretación conjunta de los artículos 149, 155.1 y 153.3 LC permite entender que se debe satisfacer primero al acreedor privilegiado especial posterior antes de… [reintegrar el remanente de la ejecución] a la masa (THOMÁS PUIG, 2016, 5). Para la determinación del valor de la garantía el artículo 94.5.II LC señala que «a estos exclusivos efectos [los del artículo 90.3 LC y sus repercusiones en el voto del acreedor con

garantía real y en el cobro del privilegio dentro del convenio] se entiende por valor razonable, en relación con los inmuebles, «el resultante de informe emitido por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro Especial del Banco de España». La cuestión es quién aporta tal informe. Para CABANAS TREJO, la aportación de los informes necesarios para fijar el valor de la garantía no corresponde al acreedor, sino a la administración concursal (en el caso del AEP al mediador), sin perjuicio de que el solicitante en el AEP pueda aportar los informes necesarios, si ya dispone de ellos y son válidos por razón de las fechas (*cfr.*, art. 94.5), y sin perjuicio de que el acreedor pueda aportar su propio informe si discrepa de la valoración efectuada por el mediador (CABANAS TREJO, 2015, 9. Sin embargo, THOMÀS PUIG considera, sobre la base de las conclusiones de la reunión de los Magistrados de lo Mercantil de Madrid de 7 y 21 de noviembre de 2014, que la fijación del valor de la garantía es una carga del acreedor en su deber de comunicación (THOMÀS PUIG, 2016, 4). Para determinar el valor razonable del bien, señala CABANAS TREJO, que el Real Decreto-ley 1/2015, ha modificado el artículo 94 LC de manera que se facilita «el empleo de informes de fecha anterior, evitando el coste y el retardo por tener que emitir otros nuevos». Así, no será necesario obtener un nuevo informe de sociedad de tasación (art. 94.5.b) LC), «cuando se disponga de un *informe anterior… emitido dentro de 12 meses anteriores a la fecha de la declaración de concurso [léase al nombramiento de mediador concursal]* o, para bienes distintos de los inmuebles, por experto independiente dentro de los 6 meses anteriores. Cuando se trate de viviendas terminadas, podrá sustituirse por una *valoración actualizada* [realizada sobre la base de la información proporcionada por una sociedad de tasación sobre la variación del valor razonable], siempre que entre la fecha de la última valoración disponible y la fecha de la valoración actualizada, no hayan transcurrido más de 6 años. La valoración actualizada se obtendrá como resultado de aplicar al último valor de tasación disponible realizado por una sociedad de tasación homologada e inscrita, la variación acumulada observada en el valor razonable de los inmuebles situados en la misma zona y con similares características desde la emisión de la última tasación a la fecha de valoración. *De no disponer de información sobre [dicha variación]… o si no se considerase representativa, podrá actualizarse el último valor disponible con la variación acumulada del precio de la vivienda establecido por el INE para la Comunidad Autónoma en la que se sitúe el inmueble, diferenciado entre si es vivienda nueva o de segunda mano, y siempre que no hayan transcurrido más de 3 años»* (CABANAS TREJO, 2015, nota 12). La norma del artículo 94.5 LC pretende, pues, una actualización del valor de la garantía hipotecaria, con arreglo a los parámetros actuales del mercado, lo que supondrá, en términos generales, una reducción del valor dado al bien inmueble al otorgar la garantía, dado la inicial burbuja y posterior desplome del mercado inmobiliario. Es decir, un ajuste del crédito privilegiado. El artículo 94.5 LC también supone, en relación con el artículo 90.3 y 123 LC un incremento del pasivo ordinario «a efectos de fomentar la participación de los acreedores financieros» que se podrán ver afectados por el convenio en cuanto su crédito sea ordinario o subordinado. Por otro lado supone que «aunque este precepto disponga que el voto del acreedor privilegiado a favor del convenio produce los efectos que resulten del contenido de este respecto de su crédito y privilegio, el contenido del convenio (art. 100 LC) afectará al acreedor pero no al privilegio especial reconocido, de manera que soportará la quita o la espera que se hubiera pactado, sin que ello haga venir a menos el privilegio de su crédito (y sin que ello se considere trato singular a efectos del artículo 125 LC). En relación con la posibilidad de ejecutar, una vez aprobado el convenio, si este no contempla la suspensión de la ejecución o el pago de los créditos privilegiados, nada impide la ejecución hipotecaria, salvo que el crédito privilegiado hubiera votado a favor de convenio (y este contemple la suspensión)» (THOMÀS PUIG, 2016, 6). En términos parecidos, señala COUSO PASCUAL que «en la condición de acreedor ordinario por la parte no cubierta por las 9/10 partes del valor razonable neto del bien hipotecado, [el acreedor con garantía real] tendrá la posibilidad de votar el convenio en los términos del artículo 124 LC, lo que antes de la reforma de 2014 [a la que nos referimos en la siguiente nota], no podía hacer como tal, en tanto en cuanto su crédito tenía naturaleza hipotecaria cualesquiera que fuera el valor del colateral hipotecado, salvo que renunciara a todo o parte de su garantía hipotecaria y sujeto a la tolerancia judicial al respecto, bien sujeto

a las mismas quitas y plazos para su privilegio según el artículo 123.1 LC» (COUSO PASCUAL, 2016, 4).

[16] Esta disposición del artículo 94.5 LC viene también a dar solución a la problemática que planteaba el tratamiento concursal de los créditos de déficit (tras la ejecución hipotecaria separada). PARRA BAUTISTA señala que CARRASCO PERERA se había pronunciado en el sentido de entender que el acreedor con privilegio especial, aunque nada tuviera previsto la LC al respecto, era un acreedor condicional por el déficit entre el valor de realización de su garantía y el importe de su crédito, y que dicho autor proponía, siguiendo a BELTRÁN que la vía adecuada para tratar a estos créditos era como suspensivamente condicionados del artículo 87.3 LC, con lo que sus titulares *quedaban provisionalmente privados de los derechos de adhesión, voto y cobro por el concepto de acreedor ordinario, esto es, por la parte del crédito, inicialmente no determinada, que finalmente quedara sin cubrir con la realización de la garantía*. PARRA BAUTISTA cita el AJM núm. 1 de Cataluña de 29 de noviembre de 2011, que se cuestionó si la solución del artículo 157.2 LC («los créditos ordinarios serán satisfechos a prorrata, conjuntamente con los créditos con privilegio especial en la parte en que estos no hubiesen sido satisfechos con cargo a los bienes y derechos afectos») era únicamente aplicable en caso de liquidación o también en caso de convenio, de manera que el crédito de déficit se debiera entender sometido a la disciplina que el convenio estableciese para los créditos ordinarios y subordinados. Indicando que el Juzgado entendió que «permitir que, aprobado judicialmente un convenio concursal, una ejecución hipotecaria pueda seguir, conforme al artículo 579 LC, con el embargo de otros bienes de la masa activa por ser insuficiente el producto de la realización de la garantía, es tanto como conferir al acreedor un crédito con privilegio general para el cobro del déficit —por todos sus componentes además, incluidos los intereses y costas— que ni le ha sido reconocido ni ningún amparo tiene en los supuestos del artículo 91 LC. El tratamiento concursal que el déficit debe recibir, una vez que ha quedado determinado, es, por el contrario, el propio de los créditos ordinarios —en cuanto al principal— y el de los subordinados del artículo 92.3.º —en cuanto a los intereses devengados hasta la declaración del concurso, que la garantía no ha cubierto— para ser pagados uno y otro conforme al convenio, bien entendido que la cuota de pago determinada por las esperas y las quitas del convenio se habrá de calcular sobre el déficit (es decir, sobre la parte del crédito concursal antes contingente y ahora determinado) y no sobre el total del crédito hipotecario inicialmente impagado» (PARRA BAUTISTA, 2014, 6-9). El concepto de «valor de la garantía» fue introducido en la LC por el RDL 4/2014, que dio una nueva redacción a la Disposición Adicional 4.ª, en relación con la homologación de los acuerdos de refinanciación (THOMÀS PUIG, 2016, 2). Hasta la reforma operada por RDL 11/2014, de 5 de septiembre, «los créditos con privilegio especial que gozaban de alguna garantía real eran incluidos en el informe de la Administración Concursal *por la totalidad de su importe* «*incluso en los supuestos en los que era evidente que el importe del crédito era sustancialmente superior al valor del bien que servía de garantía*… Actualmente se ha introducido en el artículo 94.5 LC (en relación con el artículo 90.3 LC) el concepto de valor de la garantía real, contemplándose previsiones parecidas a las de la Disposición Adicional 4.ª LC …», justificando la Exposición de Motivos del citado RDL 11/2014 dichas reglas sobre la base de que así «se sigue manteniendo una regla que parece no solo la más razonable desde el punto de vista económico sino que también es una síntesis de las reglas legales vigentes en nuestro derecho acerca de la purga de las garantías posteriores, del mantenimiento de las preferentes y de la atribución del eventual sobrante en caso de ejecución por parte de algunos de los titulares de las garantías reales …, indicando que parece una regla de prudencia reducir dicho valor razonable, en un diez por ciento por cuanto la garantía, de hacerse efectiva, requerirá la ejecución del bien o derecho sobre el que está constituida, lo cual entraña unos costes y dilaciones que reducen el valor de la garantía en, al menos, dicho porcentaje». Por su parte la Exposición de Motivos de la Ley 9/2015 insiste en que «es necesario acomodar el privilegio jurídico a la realidad subyacente, pues muchas veces el reconocimiento de privilegios carentes de fundamento venían a ser el obstáculo a acuerdos preconcursales. Se intenta respetar las premisas de la naturaleza jurídica de las garantías reales pero siempre tomando en cuenta su verdadero valor económico. De no adoptarse tal medida, los créditos privilegiados pueden multiplicarse *ad infinitum*

cuando su garantía recae sobre un bien, sin que el valor del bien se vea incrementado en absoluto. El principio *par conditio creditorum* es totalmente contradictorio a la extensión indefinida de los privilegios. *La determinación del valor de la garantía no puede concebirse como un recorte del crédito garantizado sino que es una valoración del derecho principal y del accesorio, aclarando que parte del mismo se beneficia del derecho accesorio, recibiendo el mismo trato que corresponde al crédito según su naturaleza». Ahora bien, la cuestión es si este valor asignado a la garantía, y por ende, al crédito privilegiado con los límites indicados en el artículo 94.5.I LC, juega en otros momentos aparte del indicado de votación del convenio o de pago del acreedor privilegiado con cargo al convenio.* Así, THOMÀS PUIG considera que subsiste la duda en cuanto a si debería operar el límite de los 9/10 o del 90 % del valor razonable del bien en la venta directa o en la dación en pago dentro del convenio (art. 155.4 LC), pues ciertamente el artículo 100.3.2.º LC remite al artículo 155.4 LC, en cuanto a los bienes afectos a garantía, y en este precepto *no se menciona el valor razonable del bien* (*Cfr.*, THOMÀS PUIG, 2016, nota 46). Así, puede plantearse (y lo mismo en relación con el AEP, art. 236.1.2.º LC) si la dación en pago no debería producirse por el 100% del valor razonable del bien (tasación actualizada o valoración actualizada del bien) o por el 100% del valor de tasación inicial de la garantía según explicamos en JIMÉNEZ PARÍS, 2011. Sobre este punto volveremos más adelante.

[17] Muy crítica con el sistema legal para la valoración de la garantía (al que encuentra artificioso) se muestra la SJM núm. 6 de Madrid, de 7 de mayo de 2015, pues considera que la administración concursal, en caso de vivienda terminada, tenderá a aplicar, cuando no haya tasación o esta tenga una antigüedad superior a los 6 años, la variación porcentual en el precio de la vivienda (a partir de la última valoración disponible, que podrá ser cualquiera), indicada por el INE, sin solicitar nueva tasación, por ser el coste de la misma, de cuenta de la masa, pero debiendo adelantarlo la administración concursal (pero *cfr.*, la literalidad del art. 94.5.VI LC) Señala la resolución que el Real Decreto-ley 1/2015 de 27 de febrero ha modificado nuevamente el artículo 94.5 LC (ya lo hizo el Real Decreto-ley 11/2014), y con ello los cauces de determinación del «valor razonable», cuyo régimen jurídico en materia de inmuebles gravados con garantía real puede resumirse en: 1) informe emitido por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro especial del Banco de España [art. 94.5.II.b)]; 2) si el acreedor o el deudor aportan, o bien consta en el concurso la existencia de una tasación emitida por una sociedad tal, de una antigüedad no superior a 12 meses (a contar hacia atrás, desde la declaración de concurso), no será precisa nueva tasación, pero esta previsión no se corresponde con el artículo 8.3 del RD 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, pues dicho precepto señala que las tasaciones caducarán a los 6 meses de la fecha de su firma, por lo que «en sede concursal se ordena que una tasación… carente de validez jurídica a efectos contables, fiscales y financieros [—por causa de titulización hipotecaria—], sí la tenga dentro del concurso, de lo que puede concluirse la ficción legal en la valoración establecida en la excepción dispuesta en el artículo 94.5.III LC… para partiendo de dicha ficción proceder a la calificación concursal de los créditos privilegiados»; 3) si para desvirtuar esta ficción legal y excepción a la regla del artículo 94.5.II.b), el administrador concursal opta por la aplicación de dicho precepto, deberá el mismo con sus honorarios no devengados (pues estos se devengan por fase procesal finalizada) pagar dichos informes de tasación y adelantar los importes de su propio patrimonio; 4) si se trata de vivienda terminada, sea nueva o de segunda mano, el artículo 94.5.VI establece la especialidad de que el valor razonable se determinará o bien según las reglas anteriores, o bien si se dispone de tasación oficial de antigüedad no superior a 6 años desde la fecha de la tasación, mediante un informe emitido por sociedad de tasación que fije la valoración actualizada (concepto jurídico y económico distinto a una nueva tasación), atendiendo a la variación del valor de los inmuebles con similares características en la misma zona, entre la fecha de la antigua tasación y la fecha de emisión del informe, debiendo abonar tales informes, en los términos explicados, el administrador concursal; o bien, si no existen tasaciones o lo son de antigüedad superior a 6 años, podrá acudir a la última valoración disponible (admitiendo la norma cualquier valoración conocida) y aplicar las variaciones

acumuladas derivadas de los datos estadísticos publicados por el INE, entre la valoración conocida y la fecha de valoración, sin coste adicional ni detrimento de los honorarios de la administración concursal, «lo que en el orden natural de las cosas convertirá este cauce en el abrumadoramente mayoritario, pudiendo afirmarse que se trata del preferido por el Legislador al hacer recaer sobre unos honorarios profesionales la provisión, la financiación y el pago de tales «informes» de tasación y de las «valoraciones» de actualización». Esto es, «el administrador concursal goza de la posibilidad legal de partir de la última valoración conocida… y aplicar las variaciones estadísticas publicadas en el INE para los inmuebles de la misma zona, sin costo alguno para la masa y para el administrador concursal, tanto en lo relativo a sus honorarios como a su abono provisional, pues las tasaciones y actualizaciones sí se devengan al tiempo de su realización». Por su parte, la SJM núm. 1 de Burgos, de 26 de octubre de 2015, considera que cumple con los criterios del artículo 94.5 LC la valoración de los bienes inmuebles, efectuada por la Administración Concursal, sobre la base de Informe de Valoración emitido por la Junta de Castilla y León, que se basa en los estudios de mercado, bases de datos y fórmulas de valoración elaboradas por los técnicos de la Consejería de Hacienda, desestimando por ello la demanda incidental presentada por SAREB que pedía la inclusión en la lista de acreedores de su crédito privilegiado especial, con una cuantía determinada en base a la valoración razonable efectuada una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro del Banco de España y costeada por la masa activa del concurso de acreedores.

[18] Como señala CABANAS TREJO, «un AEP que solo suponga reestructuración de pasivo, como tal no afecta a la vivienda habitual. Quizá la norma esté pensando en una posible cesión en pago o para pago de la vivienda habitual, en cuyo caso la cláusula tiene pleno sentido cuando la vivienda fuera propiedad de uno solo de los cónyuges,… La regla vendría a ser una traslación al procedimiento del artículo 1320 Código Civil, para evitar en el momento de la ejecución del acuerdo mediante la cesión del bien que no fuera posible por no prestar su consentimiento el cónyuge no propietario. De este modo queda comprometido su asentimiento y colaboración en lo que fuere menester» (CABANAS TREJO, 2015, 9-10).

[19] Pero en el caso de personas jurídicas o de persona natural empresario, la solicitud también podrá dirigirse a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación cuando hayan asumido funciones de mediación de conformidad con su normativa específica (art. 233.3.2.º LC). En el caso de persona física no empresario, «el procedimiento es exclusivamente notarial y la solicitud deberá presentarse ante el notario del domicilio del deudor, o uno de ellos a elección del interesado cuando haya varios. De no haberlo en la localidad, ante cualquier notario de localidad del distrito notarial» (CABANAS TREJO, 2015, 17).

[20] Cuando la solicitud se haya dirigido a una Cámara Oficial de Comercio, la propia Cámara asumirá las funciones de mediación conforme a lo dispuesto en la Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio y designará una comisión encargada de mediación, en cuyo seno deberá figurar, al menos, un mediador concursal.

[21] De acuerdo con el artículo 235.2.a).II LC, practicada la anotación preventiva de la apertura del procedimiento, no podrán anotarse respecto de los bienes del deudor, embargos posteriores a la presentación de la solicitud del nombramiento de mediador concursal, salvo los que deriven de procedimientos seguidos por acreedores de derecho público.

[22] FERNÁNDEZ SEIJO, 2015, 8. El secretario judicial debe ordenar la publicación en el Registro Público Concursal del extracto de la resolución por la que se deje constancia de la comunicación presentada por el notario o el registrador mercantil, en los términos que reglamentariamente se determinen (art. 5 bis.3 LC).

[23] *Vid*. Disp. Adic. 7.ª LC, introducida por la Ley 14/2013, sobre el tratamiento de créditos de derecho público en caso de AEP. Expresamente señala su apartado 1 que «lo dispuesto en el Título X de esta Ley no resultará de aplicación a los créditos de derecho público para cuya gestión recaudatoria resulte de aplicación lo dispuesto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria o en el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social».

[24] La Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal modificó el artículo 5.bis.4 LC para aclarar una cuestión debatida hasta entonces, estableciendo que en caso de controversia entre el Juzgado de 1.ª Instancia y el Juzgado Mercantil, será el juez conocedor del futuro concurso quien resulta competente para determinar si un bien es necesario o no para la continuidad de la actividad económica del concursado (THOMÀS PUIG, 2016, 2). En relación con la posibilidad de que los acreedores reales puedan iniciar el ejercicio de la acción real que les corresponda, incluso respecto de bienes necesarios o respecto de la vivienda familiar, quedando el procedimiento paralizado mientras no transcurra el plazo de tres meses, la medida guarda relación con el artículo 57.3 LC, es decir, pretende evitar que el acreedor con garantía real pierda el derecho de ejecución separada por no haber ejercitado su acción antes de la declaración de concurso [art. 235.2.a) LC]. Se consideran bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional todos los que «en cualquier concepto [resulten necesarios] para la continuidad económica de la actividad empresarial» (THOMÀS PUIG, 2016, 5).

[25] *Cfr.:* COUSO PASCUAL, 2016, 3.

[26] Aunque del artículo 242.bis.2.º LC podría desprenderse que la comunicación de oficio por el notario al juzgado competente para conocer de la declaración de concurso debe producirse inmediatamente, una vez comprobada la suficiencia de la documentación aportada y la procedencia de la negociación del AEP, si el deudor hubiese solicitado nombramiento de mediador concursal, al iniciar el procedimiento ante el notario o bien el propio notario decidiese tal nombramiento, la comunicación de oficio debería retrasarse hasta la aceptación del cargo por el mediador concursal (arts. 242.bis.2.º y 3.º LC). Otra interpretación supondría que el plazo de suspensión de las ejecuciones correría en contra del deudor, aun no concurriendo el requisito imprescindible para el inicio de negociaciones como es la existencia de mediador. Discrepa de esta posición CABANAS TREJO, para quien «la razón por la cual… [la comunicación de la apertura de negociaciones al Juzgado Mercantil competente para la declaración de concurso], se hace depender de la mera admisión de la solicitud por el notario, y no de la aceptación del cargo de mediador concursal (regla general del art. 233.3 LC), responde a la posible asunción del cargo por parte del mismo notario, que hace innecesaria una designación formal como trámite posterior. Pero no siempre ha de ser así. A pesar de eso, cuando se nombra un mediador concursal por no asumir el encargo el notario, *también deberá comunicar al Juzgado Mercantil con la mera admisión de la solicitud, aunque no haya aún mediador concursal, anticipando de este modo el efecto paralizante de las ejecuciones*. En la comunicación debe destacar que se trata de procedimiento especial de persona natural no empresario, pues el plazo de paralización es distinto» (CABANAS TREJO, 2015, 17).

[27] El artículo 235.1 LC, en la redacción dada por la Ley 14/2013, indicaba que «desde la presentación de la solicitud, el deudor se abstendrá de solicitar la concesión de préstamos o créditos, devolverá a la entidad las tarjetas de crédito de que sea titular y se abstendrá de utilizar medio electrónico de pago alguno».

[28] CABANAS TREJO, 2015, 18.

[29] *Cfr.* PINO ABAD, 2016, 3.

[30] CABANAS TREJO, señala, no obstante, que, «para el renacimiento del deber de solicitar el concurso [por el deudor persona natural no empresario] y la consiguiente posibilidad de que lo inste un acreedor, el plazo sigue siendo el de tres meses (art. 5.bis.5 LC). El transcurso del plazo de dos meses no significa necesariamente que haya fracasado el expediente, siempre que se trate de una simple demora en su tramitación, en su caso, justificada, que lleve la reunión con los acreedores más allá de esa fecha. Corresponderá al notario-mediador concursal valorar si todavía es posible conseguir el AEP … Cuando crea que aún es posible, habrá de esperar el tiempo necesario hasta el fracaso del expediente y reflejarlo en la correspondiente acta» (CABANAS TREJO, 2015, 19).

[31] ALCOVER GARAU considera que el trámite para fijar la masa activa del deudor es insuficiente, que no existe un proceso de análisis de posibles operaciones fraudulentas, simuladas o reintegrables y que la fijación de la lista de acreedores también es deficiente, pues no hay trámite de comunicación de créditos ni de impugnación a favor de los acreedores (*Cfr.*, ALCOVER GARAU, 2014, 2-3).

[32] En este caso es preciso que los bienes o derechos cedidos no sean necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial y que su valor razonable, calculado conforme al artículo 94.5 LC [es decir, un valor actualizado], sea igual o inferior al crédito que se extingue. Si fuese superior [nótese que aquí la valoración se efectúa, no a efectos de clasificación del crédito y confección de la lista de acreedores, sino a efectos de una cesión de bienes, por lo que no rigen los límites máximos del artículo 94.5.I LC], el acreedor que recibe el bien en pago de su crédito deberá ingresar la diferencia en el patrimonio del deudor. Si se tratase de bienes afectos a garantía real, será de aplicación lo previsto en el artículo 155.4 LC, esto es, si con la cesión en pago no queda completamente satisfecho el crédito garantizado (porque este excede del valor de la garantía, o sea del 100% de la nueva valoración o de la tasación de antigüedad no superior a 12 meses desde la fecha de nombramiento del mediador concursal), deberá quedar el remanente insatisfecho dentro del AEP con la calificación que le corresponda. Esta norma se incorpora expresamente, porque es posible que el AEP vincule a un acreedor con garantía real que no haya votado a favor del mismo, y que por lo tanto, no acepte una dación en pago. Como veremos después, dicha dación en pago puede imponérsele [art. 238.bis.3.b) LC], pero nunca por el importe total del crédito, sino solo por la parte de su crédito que *no exceda del valor de la garantía*. *Esto es lo que parece querer decir el legislador al efectuar la remisión al artículo 155.4 LC. Si cabría que, pactándolo, el acreedor con garantía real, aceptase la dación en pago del bien objeto de la misma por la totalidad de la deuda [art. 240.2 en relación con el art. 236.1.c) y 238.bis.2 LC]. Por la parte de su crédito que exceda del valor de la garantía real, el acreedor sí queda vinculado por el AEP (aunque no haya votado a favor del mismo) [art. 238.1 a) y b) y 238 bis LC], en cuanto no es crédito privilegiado.* Quedaría pues sujeto a las quitas o esperas que se hubiesen acordado (art. 240.2 LC). Como señala CABANAS TREJEO, en la anterior redacción se mencionaba la cesión de bienes en pago o para pago como posible contenido del AEP pero sin posibilidad de imposición (CABANAS TREJO, 2015, 12). *No obstante, cabría mantener que la dación en pago podría imponerse al acreedor hipotecario por el importe de la tasación inicial de la garantía,* según lo que sostuvimos en JIMÉNEZ PARÍS, 2011, quedando el remanente de crédito insatisfecho dentro del AEP (art. 155.4 LC).

[33] CABANAS TREJO, 2015, 12.

[34] FERNÁNDEZ SEIJO, 2015, 5.

[35] FERNÁNDEZ SEIJO, 2015, 10.

[36] Mientras el artículo 122.1.1.º LC niega, en el ámbito del convenio concursal, el derecho de voto al titular de créditos subordinados, el artículo 238.1 LC, en sede de AEP, sí les reconoce implícitamente el derecho de voto. En relación con el acreedor titular de una garantía real, como parte de su crédito puede ser pasivo afectado por el AEP, y por lo tanto, es base para el cálculo del porcentaje de voto favorable, parece que podría disgregar su voto, y tener derecho a emitirlo en relación con la parte de crédito que es pasivo afectado, en todo caso, sin que se considerase que el mismo afecta a la parte equivalente al valor de la garantía, salvo manifestación expresa (*arg., ex* art. 123.2 LC en relación con los arts. 238.1 y 238.bis.2 LC). Mientras que el AEP vincula a todos los acreedores, quedando tan solo fuera los titulares de créditos públicos «en el convenio concursal no quedan vinculados los privilegiados generales y los subordinados, que sí quedan vinculados … su espera empieza a contar cuando acaba la espera de los ordinarios (art. 134.1.2.º LC). Además en el convenio concursal sí se da una vinculación parcial del crédito público al mismo, ya que este es en parte privilegiado y en parte ordinario, además de que los intereses y sanciones son en todo caso subordinados. Y en fin, en principio, *no es exactamente lo mismo un acreedor con garantía real que un acreedor con privilegio especial del artículo 90, aunque la dicción del apartado 2.º de este artículo en el que se lee que « para que los créditos mencionados en el (…) apartado anterior puedan ser clasificado con privilegio especial, la respectiva garantía deberá estar constituida con los requisitos y formalidades (…) para su oponibilidad a tercero », da a entender que todo privilegio especial goza de una garantía, por lo que puede defenderse esta equiparación, aunque solo sea para evitar añadir complejidad al tema»* (ALCOVER GARAU, 2014, 4).

[37] PINO ABAD indica que también deberá publicarse el AEP en el BOE (PINO ABAD, 2016, 4).

[38] CABANAS TREJO considera que la elevación a escritura pública del AEP debe hacerse por el deudor y el mediador concursal (en el caso de la Cámara Oficial de Comercio, un representante de la misma), lo que no quitaría que algún acreedor que hubiera firmado el AEP, también pudiera hacerlo en la escritura, aunque la firma decisiva para el reconocimiento en el concurso consecutivo sería la primera y no la segunda (art. 242.2.5.ª LC). No obstante, en la escritura ha de constar la identidad de los acreedores firmantes. De ahí que su reconocimiento expreso por el deudor exima de un trámite posterior de solicitud de reconocimiento en el concurso consecutivo (CABANAS TREJO, 2015, 14 y nota 16).

[39] Discrepamos así de PINO ABAD, quien considera que los porcentajes exigidos por la LC para el arrastre del acreedor con garantía real se calculan *sobre el pasivo que pudiera verse afectado por el AEP* (*Vid*., PINO ABAD, 2016, 4).

[40] Las disposiciones previstas para el AEP son similares a las introducidas en sede de convenio de masa. El convenio concursal vincula a acreedores ordinarios y subordinados, y al acreedor privilegiado (con privilegio general o especial) que hubiera votado a favor (art. 134.1 y 2 LC). Pero, sin perjuicio de ello, los acreedores privilegiados también quedarán vinculados al contenido del convenio, cuando además de las mayorías previstas en el artículo 124 LC, necesarias para la aprobación del convenio, se obtengan las mayorías descritas en el artículo 134. 3 LC. Esto es, dentro de cada clase de acreedores privilegiados (laborales, públicos, titulares de endeudamiento financiero y resto de acreedores) según lo dispuesto en el artículo 94.2 LC, votase el 60% o el 75% a favor del convenio, respectivamente si se trata de las medidas del artículo 124.1.a) o del artículo 124.1.b). Si los acreedores son acreedores con privilegio especial, el cómputo se hará en función de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas dentro de cada clase. Cabe, pues, imponer a los acreedores con garantía real medidas como daciones en pago (art. 100.3.2.º LC). Pero en ningún caso podrá imponerse la cesión a los acreedores de derecho público (art. 100.3.3.º LC).

[41] En la redacción dada por la Ley 14/2013, el artículo 240.3 LC disponía que, en todo caso, hubiese votado el acreedor a favor o en contra del AEP, conservaría las acciones que le correspondiesen *por la totalidad de los créditos* contra los obligados solidarios y garantes personales del deudor. De manera que emitido un voto a favor de una quita, la quita no afectaba al fiador, al que se podía reclamar la totalidad del crédito. Lo cual generaba una asimetría con las disposiciones relativas al convenio concursal (art. 135 LC). (ALCOVER GARAU, 2014, 5). Ello ha sido rectificado en la redacción actual.

[42] CABANAS TREJO, 2015, 16.

[43] FERNÁNDEZ SEIJO, 2015, 13.

2. DERECHO MERCANTIL

Autocontrato (conflictos de intereses) y las facultades representativas de los administradores

Self-dealing (conflicts of interests) and the power of directors to represent their company

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado

RESUMEN: La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2016 razona que el autocontrato (doble representación) —aunque en realidad, estemos ante un conflicto de interés societario y no un autocontrato— no supone, verdaderamente, un supuesto de actuación sin autorización, en el sentido del artículo 1259 del Código Civil, que prevé que nadie puede contratar a nombre de otro sin estar por este autorizado, porque en este caso, la legitimación para actuar se deriva de ser administrador de la sociedad y como es sabido el poder de representación de los administradores se extiende a todo el objeto social, siendo ineficaz frente a terceros toda limitación de los poderes de los administradores, quedando incluso la sociedad obligada frente a terceros de buena fe y sin culpa grave cuando dichos actos exceden del objeto social, en contra —en nuestra opinión— de lo establecido en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 16 de diciembre de 1997. —Coöperatieve Rabobank «Vecht en Plassengebied» BA contra Erik Aarnoud Minderhoud, que falla admitiendo que el régimen de oponibilidad frente a terceros de los actos realizados por los miembros de órganos sociales en situaciones de conflicto de intereses con la sociedad representada no está comprendido en el marco normativo de la Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, Primera Directiva tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, y es competencia del legislador nacional.

ABSTRACT: The Supreme Court's ruling of 25 November 2016 reasons that self-dealing (dual representation) (although the case is actually a corporate conflict of interests, not an instance of self-dealing) does not truly amount to unauthorized action in the meaning of article 1259 of the Civil Code, which states that A cannot conclude contracts in B's name unless authorized by B to do so. The court's reasoning is that this is so because in this case the legal standing to act stems from being a company director. As is well known, directors' power of representation

embraces the company's entire purpose, and any restriction of their powers is null as against third parties. As against third parties acting in good faith and without gross negligence, the company is even bound by its directors' acts when those acts overstep the bounds of the company's purpose. This standpoint is, in our opinion, contrary to the judgment of the Court of Justice of the European Union (Sixth Chamber) of 16 December 1997, Coöperatieve Rabobank «Vecht en Plassengebied» BA v Erik Aarnoud Minderhoud. There the court admitted that the rules governing enforceability as against third parties of acts done by members of company organs in situations of conflict of interests with the company they represent fall outside the normative framework of Directive 68/151/EEC of the Council of 9 March 1968 (the First Directive) on co-ordination of safeguards which, for the protection of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, with a view to making such safeguards equivalent throughout the community; therefore, the rules governing the enforceability as against third parties of acts done by members of company organs in such situations are matters for the national legislature.

PALABRAS CLAVE: Derecho de sociedades. Autocontrato. Conflictos de intereses. Representación. Administradores.

KEY WORDS: Corporate law. Self-dealing. Conflicts of interests. Representation. Directors.

SUMARIO: I. EL AUTOCONTRATO (CONFLICTOS DE INTERESES) Y LAS FACULTADES REPRESENTATIVAS DE LOS ADMINISTRADORES.—II. BIBLIOGRAFÍA.—III. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

I. EL AUTOCONTRATO (CONFLICTOS DE INTERESES) Y LAS FACULTADES REPRESENTATIVAS DE LOS ADMINISTRADORES

En la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 703/2016 de 25 de noviembre de 2016 *(RJ* 2016, 5634) se razona sobre la validez de la existencia de un autocontrato (doble representación) efectuado por un mismo administrador de dos sociedades sobre la base de que el mismo entra dentro del ámbito del poder de representación de los administradores de las sociedades en los conocidos términos del artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital.

Los antecedentes de hecho de dicha Sentencia fueron los siguientes:

1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la reclamación de una cantidad derivada de un contrato de préstamo cuya devolución del capital fue instrumentalizada a través de diversos pagarés. Se cuestiona, entre otros extremos, la prescripción de la deuda, el alcance de la emisión de los citados pagarés como reconocimiento de deuda y, en su caso, la legalidad de su libramiento por la persona que ostentaba en dicho momento la condición de presidente y administrador solidario de las empresas vinculadas por esta relación cambiaria.

2. En síntesis, la demandante ejercita una acción de reclamación de cantidad respecto de un contrato de préstamo por importe de 15.500.000 pesetas,

del que resta por pagar la cantidad de 78.156,88 euros, deuda contemplada en un pagaré de 29 de diciembre de 2003. Dicha acción se ejercita con base en la relación causal existente entre la demandante, la entidad Urbanización Playa Fañabe, S.A., y la demandada Teacte, S.L, por la que la primera concedió dicho préstamo para que la segunda comprase, en su momento, participaciones sociales de la entidad Difusora de Tenerife, S.A.

Esta deuda se documentó en varios pagarés que se fueron renovando, de forma que la cantidad restante a pagar, que ahora se reclama, es la documentada el 31 de marzo de 2003 por medio de dos efectos, uno de 15.000 euros que se abonó, y otro de 78.156,88 euros que quedó pendiente de pago y que volvió a renovarse el 29 de diciembre de 2003 y finalmente el 12 de mayo de 2004. Por lo que se reclama el importe de 78.156,88 euros, más la cantidad de 42.452,14 euros en concepto de intereses devengados desde la fecha de vencimiento del pagaré.

La demandada se opuso a la demanda alegando la prescripción de la deuda dado que dicha cantidad se prestó el 12 julio 1985, y la demanda de monitorio fue presentada con posterioridad al transcurso de 15 años. Además no consideró que la emisión del pagaré tuviera la virtualidad o alcance de un propio reconocimiento de deuda a los efectos de interrumpir el plazo de prescripción, y que su libramiento fuera legal, pues don Manuel, en el momento de su libramiento, ostentaba el cargo de presidente y administrador solidario de ambas entidades.

3. La Sentencia de primera instancia desestimó la demanda.

En este sentido, aunque consideró acreditada la deuda y la relación subyacente entre las partes que dio origen al préstamo, concluyó que la deuda estaba prescrita al considerar que el *dies a quo* para el cómputo de la misma era el de la concesión del préstamo, el 12 de julio de 1985, y el *dies ad quem,* la fecha de la reclamación mediante el juicio monitorio, el 28 de mayo de 2012. Negó, además, que el libramiento de los pagarés supusiese un reconocimiento de deuda, añadiendo que el pagaré fue librado por una persona que actuaba al mismo tiempo representando al obligado al pago y al destinatario del mismo, en un claro conflicto de intereses.

4. Apelada la Sentencia por la demandante, la Sentencia de segunda instancia desestimó el recurso de apelación y confirmó la desestimación de la demanda.

Asumiendo la existencia de un autocontrato no autorizado en la emisión del pagaré, el Tribunal Supremo va a admitir el recurso de casación ya que rechaza la prescripción invocada estimando que la emisión del pagaré sí interrumpió el plazo de prescripción, como acto válido de reconocimiento de deuda, entendiendo que la firma del pagaré suponía un acto que recaía dentro de las facultades representativas del órgano de administración, o sea, admitiendo por tanto que el autocontrato no es un límite a dichas facultades representativas.

Los razonamientos jurídicos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2016, al respecto, fueron los siguientes:

> «*Con relación a la licitud de la autocontratación esta Sala, en su Sentencia núm. 25/2012, de 10 de febrero* (RJ *2012, 5279), tiene declarado lo siguiente.*
>
> «*[…] 21. Nuestro sistema, aunque admite la llamada autoentrada y el autocontrato —en este sentido, entre otras muchas, la Sentencia 1133/2001, de 29 de noviembre* (RJ *2002, 7322), afirma que «[e]l autocontrato o negocio jurídico del representante consigo mismo es válido»—, ante el eventual conflicto de intereses entre el representado y quien actúa en su doble condición de representante y parte en el contrato, desconfía*

de que este quiera enriquecerse en detrimento de aquel, y de ahí las restricciones que impone el primer apartado del artículo 267 del Código de Comercio (LEG 1885, 21) —«[n]ningún comisionista comprará para sí ni para otro lo que se le haya mandado vender, ni venderá lo que se le haya encargado comprar, sin licencia del comitente»— y el 1459 del Código Civil — «[n]o podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí ni por persona alguna intermedia: (…) 2° Los mandatarios, los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen».

22. Esta desconfianza, lógicamente, se acentúa en los supuestos en los que el autocontrato se suscribe entre la sociedad y quienes, por integrar el órgano de representación y relaciones de la misma con el exterior, son considerados representantes orgánicos de la misma, dado que cuando actúan no intervienen como «representantes» sometidos a los límites del apoderamiento, a tenor del artículo 1714 del Código Civil, según el cual «[e]l mandatario no puede traspasar los límites del mandato» —en este sentido la Sentencia 51/2000, de 27 de enero (RJ 2000, 125), reiterada por la 505/2009, de 30 de junio (RJ 2009, 4764), afirma que «las facultades concedidas a los mandatarios para realizar negocios jurídicos por cuenta de la mandante tienen su origen en la conforme declaración de voluntad que proviene del mismo»—, sino como «órganos» de la sociedad sujetos exclusivamente a los límites de la función, al disponer el artículo 63.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (RCL 1995, 953) que «[1]a sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social».

23. En este sentido la Sentencia 550/2004, de 28 de junio, con referencia al paralelo artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas, precisa que la norma contiene «un régimen especial aplicable a lo que constituye una representación orgánica (distinta de la legal y la voluntaria, por ser la misma sociedad la que ejecuta los actos mediante un órgano con competencia para ello) cuyo ámbito se fija legalmente como un mínimo eficaz frente a terceros»; y la 432/2010, de 29 de julio, que «el artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 —hoy 234 de la Ley de Sociedades de Capital—, que atribuye a los administradores societarios el poder inderogable de vincular a la sociedad con terceros, con independencia de que su actuación se desarrolle dentro de la actividad fijada como objeto estatutario inscrito en el Registro Mercantil o fuera de ella».

Con independencia de la clara improcedencia de la aplicación de la figura del ejercicio antisocial del derecho (art. 7.2 del Código Civil), tal y como denuncia la recurrente, la aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta al caso objeto de enjuiciamiento, conduce a la conclusión de que la condición de administrador de don Manuel de las dos empresas no representa un óbice para la plena validez de la autocontratación realizada y, con ella, para la plena vinculación de las sociedades con relación con la emisión del pagaré efectuada. De forma que tampoco supone un obstáculo para apreciar que dicha emisión del pagaré, a los efectos previstos del artículo 1935 del Código Civil, pueda ser considerada como renuncia tácita a la prescripción ganada de la acción. Máxime, y a mayor abundamiento, si de los antecedentes acreditados en la instancia, particularmente de la falta de documentación del contrato y de la acreditación de la existencia de la

> *deuda, también se infiere que la emisión de los referidos pagarés respondió a una mera instrumentalización de la forma de pago del préstamo, debiéndose estar, por tanto, a la fecha del vencimiento de los respectivos efectos cambiarios. En todo caso, la sociedad obligada al pago como librada tuvo a su alcance el ejercicio pertinente de las acciones sociales de responsabilidad contra el administrador por los perjuicios derivados de su actuación, sin que dicho ejercicio pueda afectar a la validez de la operación realizada por el administrador en su esfera de representación orgánica de la sociedad*».

En primer lugar, se parte de la existencia de un autocontrato por el hecho de la emisión de un pagaré que supone un reconocimiento de deuda y, en este caso, una renuncia a la prescripción ganada, *ex* artículo 1935 del Código Civil.

Hemos de recordar, que el autocontrato (en este supuesto, doble representación) requiere para su existencia un negocio jurídico bilateral. DÍEZ-PICAZO[1], nos recuerda al respecto lo siguiente: «1.º. Por hipótesis, la autoentrada del representante exige, cuando menos, un negocio o acto jurídico que sea de naturaleza o estructura bilateral. Es evidente que no es posible autoentrada cuando el negocio es exclusivamente unilateral.

En los negocios en que hay más de dos partes, y en general en los negocios plurilaterales, un supuesto análogo al de la autocontratación se produce cuando son realizadas por una misma persona las declaraciones de voluntad de dos o más partes, pero no las de todas.

Piénsese, *v. gr.,* en un contrato de sociedad firmado por cinco contratantes, en el cual una persona comparece en su propio nombre o derecho y al mismo tiempo en representación de otros dos interesados. Una hipótesis similar, aunque no idéntica, puede producirse en aquellos casos en que confluyen en un mismo acto o documento declaraciones de voluntad que, si bien en virtud de la autonomía jurídica y de la abstracción con que la ley las configura son independientes, se encuentran internamente ligadas en conexión entre sí. Pensemos en las diferentes declaraciones que se insertan en una letra de cambio. Si, por ejemplo, la emisión y la aceptación de la letra de cambio son realizadas por una misma persona, que en una de esas declaraciones actúa en su propio nombre y en otra en representación de un tercero, el fenómeno que se produce es de algún modo similar al de la autocontratación».

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1997 *(RJ* 1997, 4733) estimó que en la declaración de falta de construcción de un hotel no existía un supuesto de autocontrato, por tratarse de una declaración unilateral que se limitaba a constatar un hecho.

Pues bien, en función del requisito relativo a la necesidad de un negocio bilateral para poder hablar de autocontrato y al hilo del ejemplo cambiario expuesto por DÍEZ-PICAZO, hemos de recordar que, en relación con el caso analizado, el pagaré es en realidad una promesa de pago en la cual no es posible la aceptación ya que el firmante del pagaré ya queda obligado de igual manera que el aceptante de una letra de cambio (art. 97 de la Ley Cambiaria y del Cheque), de ahí, que no pueda existir en este título cambiario (pagaré) más que una declaración de voluntad del firmante del mismo. Pues bien, ¿se trata la emisión y firma del pagaré de un negocio bilateral que sirva como presupuesto para afirmar la existencia de un autocontrato? A nuestro juicio, no, ya que dicha emisión y firma del pagaré se trata de una declaración unilateral de voluntad.

En este sentido, DIEZ-PICAZO[2] sobre las relaciones obligatorias derivadas de los títulos de crédito y con carácter general, no sin dejar de exponer con carácter

previo, las diferentes teorías doctrinales al respecto, opina lo siguiente: «A nuestro parecer, hay lo siguiente: el acto originario del título valor es, efectivamente, una declaración unilateral de voluntad, un negocio jurídico unilateral. Este negocio jurídico unilateral, en cuanto que no tiene normalmente carácter recepticio, por no dirigirse a personas determinadas, queda terminado desde el momento en que la declaración es completa: redacción y firma del título. La desposesión no es un elemento necesario para el nacimiento del título, ni para la perfección del negocio jurídico creador. Es simplemente una condición perfectamente extraña al negocio. La toma de posesión del título es, pues, un acto posterior, independiente y con sus propios efectos (por ejemplo, si el poseedor hurtó el título se podrá oponer a la excepción de dolo, pero no a un tercero de buena fe, aunque traiga causa del ladrón). Hay pues, que inclinarse por la teoría de la promesa unilateral pura».

Por otro lado y en la misma dirección hemos de recordar que la promesa unilateral de pago (pagaré) emitida por el administrador doble representante fue interpretada en las instancias como un supuesto de renuncia a la prescripción ganada, *ex* artículo 1935 del Código Civil. Ante ello, nuevamente nos preguntamos si la renuncia a la prescripción ganada es o no un negocio bilateral que pudiera ser constitutiva de un autocontrato, ante lo que nuevamente respondemos que no.

ALBALADEJO al comentar el artículo 1935 del Código Civil[3], razona al respecto que: «la renuncia a la prescripción, como toda renuncia, es un acto unilateral del renunciante; así que no requiere aceptación del favorecido. Aquí no corresponde entrar en las reglas generales a las renuncias, sino decir que procede aplicarlas a la renuncia a la prescripción, que, a tenor de ellas, solo será válida, según el artículo 6,2, cuando no contraríe el interés o el orden público, ni perjudique a terceros (sobre este último extremo, el art. 1937). La renuncia hecha entiendo que no es revocable o retractable».

De similar parecer es DÍEZ-PICAZO[4], cuando afirma en relación con las características de la renuncia a la prescripción ganada que: «Se trata indiscutiblemente de un acto unilateral, aunque en ocasiones, pueda incorporarse a un negocio jurídico bilateral o plurilateral del que forme parte (p. ej. transacción, etc.). Se ha discutido si debe considerarse o no como acto recepticio. Para algunos autores no tendría sentido admitir como renuncia una declaración de voluntad que se realizara frente a un sujeto diferente. Sin embargo, la admisibilidad de la renuncia tácita, por la simple incompatibilidad entre el acto de renuncia tácita y la continuación del mantenimiento de los efectos de la prescripción, aconseja adoptar la solución del carácter no recepticio».

Por tanto, en nuestra opinión no resulta adecuado el tratamiento que se efectúa en el caso de autos resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2016 desde la óptica del autocontrato, ya que consideramos que la emisión y firma del pagaré considerado como acto interruptivo de la prescripción ganada, ha de ser tratado como negocio jurídico unilateral que por sí resulta incompatible con la existencia de un genuino autocontrato, lo que no quiere decir —como veremos con posterioridad— que el supuesto de hecho que nos ofrece dicha Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2016 no pueda ser considerado anómalo desde el punto de vista representativo y desde su configuración como un caso de conflicto de interés por parte del administrador que incurre en doble representación con sus sociedades pretendidamente representadas orgánicamente por él mismo.

En segundo lugar y si de un supuesto de autocontratación se tratara, otra importante afirmación que realiza la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2016 es el inicial carácter válido de la autocontratación, lo cual

entendemos que no puede ser objeto de afirmación tan absoluta pese a la matización que efectúa en cuanto a la necesaria autorización del representado.

En este sentido ha de señalarse que la doctrina ha manifestado que dicha validez del autocontrato también se produce en aquellos supuestos en que aun no existiendo autorización del representado no existe un conflicto de interés. Así, DÍEZ-PICAZO[5] razona lo siguiente: «La segunda de las hipótesis en la cual la doctrina y la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo entienden concordemente que existe validez de la autocontratación se produce en aquellos supuestos en que, aunque no exista al respecto manifestación de voluntad del *dominus,* el contrato se articula o se estructura de manera que queda excluida totalmente la posibilidad de conflicto de intereses entre representante y representado. A este efecto se señala que, para que haya conflicto de intereses, es necesario que los sujetos se encuentren o se puedan encontrar en posiciones de contraste respecto del negocio que se celebra, en el sentido de que la tutela del interés del representado no se concilie con la del representante, o viceversa. Si el conflicto de intereses no existe, la razón de la exclusión de la autocontratación decae. Nuestra jurisprudencia lo ha dicho muy claramente respecto de la aceptación de una donación, cuando el donante la hizo en su propio nombre y la aceptó en virtud de la representación legal y la donación era además pura y simple, sin carga ni gravamen alguno.

Sin embargo, conviene en este punto extremar la cautela. En principio, en todos aquellos contratos que sean de naturaleza onerosa, con obligaciones recíprocas o sinalagmáticas, el juego mismo de la estructura onerosa del contrato determina que entren en contradicción los intereses de ambas partes. Del mismo modo, puede existir —y normalmente existirá— contraste de intereses aun cuando el negocio presuponga declaración de voluntad de las partes que vayan todas en la misma dirección (por ejemplo, contrato de sociedad, etc.). Aunque no haya sinalagma, basta que las posiciones puedan ser distintas (*v. gr.* Participación en el haber social, etc.) para que el conflicto de intereses pueda surgir.

Todo ello no debe ser, sin embargo, llevado a unos términos que sean completamente absolutos. Por ello se dice que si el conflicto se articula de forma que quede totalmente excluido el conflicto de intereses, la autocontratación puede ser válida. En qué casos queda y en qué casos no queda excluido el conflicto es cuestión que habrá que decidir de forma particularizada. De manera general puede señalarse que el conflicto queda excluido si existe ya un contenido contractual totalmente predeterminado por el representado, de manera que el representante lo único que tiene que hacer es ejecutarlo y elegir la persona con quien se ha de ejecutar. Por ejemplo: el representado ha establecido ya el precio, las condiciones de pago, tiempo de duración del contrato, etc. Lo mismo se puede decir cuando, por la forma de celebrarse el contrato, sus condiciones han de quedar fijadas por medio de un mecanismo ajeno a la voluntad de las partes. Por ejemplo: venta en una bolsa o mercado libre según los precios de cotización».

Ahora bien, el hecho de no existir autocontrato ante la ausencia de negocio bilateral subyacente no implica la inexistencia de un claro conflicto de interés en la actuación del administrador en el caso de autos (doble representación), tipificado legalmente que haría incurrir en autocontrato prohibido (si se entendiera que nos encontráramos ante un autocontrato) al no existir la correspondiente autorización de la Junta General. De esta forma, ESTRUCH[6] se refiere a uno de los supuestos de conflictos de intereses tipificados legalmente, al decir que: «En este sentido, los artículos 225 y sigs., LSC regulan los deberes de los administradores, estableciendo diversas normas sobre el conflicto que puede producirse

entre el interés del administrador y el interés social, entendido como interés de la sociedad y considerado como interés superior. Efectivamente, parece razonable que en el ámbito de las sociedades de capital o en algunos otros similares (*v. gr.* cooperativas) pueda existir un interés social superior o diverso del interés de los administradores, o incluso del interés de los socios aunque representen la mayoría necesaria para la adopción de acuerdos».

En tercer lugar y si de un supuesto de autocontratación se tratara, otra importante afirmación que realiza la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2016 es que la autocontratación estaría salvada ya que estima que el autocontrato no autorizado no excede del límite de representación de los administradores como representantes orgánicos de las sociedades, protegiéndose por tanto a los terceros en virtud de la aplicación del artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital que expresamente prevé que: «*La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos.Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros. 2. La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social)*».

Pues bien, de nuevo no consideramos acertada la postura del Tribunal Supremo aunque de un supuesto de autocontratación se tratara (lo que a nuestro juicio no sucede, dada la ausencia de bilateralidad en el negocio subyacente, tal y como hemos expuesto anteriormente) al entender que el autocontrato se encuentra dentro de los poderes de actuación de los administradores sociales.

En relación con lo anterior, hemos de partir de la idea de que si bien es cierto que el ámbito de actuación de los administradores sociales no puede ser limitado por el objeto social (art. 234 de la Ley de Sociedades de Capital), o es menos cierto que dicho ámbito de actuación sí está limitado por Ley, siendo que la Ley delimita el ámbito de las competencias del órgano de administración de las sociedades.

En nuestra opinión, el límite de actuación del órgano de administración ha estado generalmente fijado por el objeto social, sin embargo, a nuestro juicio la necesidad de que la Junta General autorice al órgano de administración para autocontratar supone una distribución legal del contenido de competencias que se atribuyen a los órganos de las sociedades de capital, careciendo por tanto de competencia orgánica el órgano de administración para autocontratar con la sociedad.

Así coincidimos con el parecer de la doctrina al respecto que recoge ESTRUCH[7], cuando afirma lo siguiente: «En el ámbito de la representación orgánica, en las sociedades de capital es la Junta General la que tiene el poder de conceder la autorización o licencia para que el administrador pueda incurrir en autocontratación o ejercer sus facultades representativas aun cuando incidiera en conflicto de intereses con la sociedad representada.

Así se desprende de algunos preceptos que se refieren a los supuestos de autocontratación en el ámbito societario.

En efecto, el artículo 220 LSC señala: «En la sociedad de responsabilidad limitada el establecimiento o modificación de cualquier clase de relaciones de prestación de servicios o de obra entre la sociedad y uno o varios de sus administradores requerirán acuerdo de la Junta General». También el artículo 162 LSC exige el acuerdo de la junta para conceder préstamos o créditos, prestar garantías y facilitar asistencia financiera a los administradores.

Por ello, no sería válido el supuesto en el que el administrador de una sociedad otorgara poderes de representación permitiendo al apoderado autocontratar o incidir en conflicto de intereses con la sociedad representada.

Si el administrador único no puede autocontratar con la sociedad sin autorización de la junta general, tampoco puede autorizar al apoderado para que lo haga. El órgano competente para hacerlo es la junta general de la sociedad y no el administrador»[8].

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de febrero de 2012 *(RJ* 2012, 5945), resume el estado de la cuestión del siguiente modo:

> «*el administrador único, como representante orgánico de la sociedad solo puede autocontratar válida y eficazmente cuando esté autorizado para ello por la Junta General o cuando por la estructura objetiva o la concreta configuración del negocio, quede "manifiestamente excluida la colisión de intereses que ponga en riesgo la imparcialidad o rectitud del autocontrato" (cfr. respecto de esta última precisión, vid., las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1956, 22 de febrero de 1958 y 27 de octubre de 1966; así como la Resolución de 2 de diciembre de 1998). Se trata así de evitar que el administrador, por su sola actuación, comprometa simultáneamente los intereses patrimoniales de la sociedad y el suyo propio o los de aquella y el tercero cuya representación ostente, objetivo legal este del que existen otras manifestaciones en nuestro Derecho positivo (cfr. arts. 162.2.°, 221 y 1459, números 1.° al 4.°, del Código Civil; 267 y 288 del Código de Comercio; 65 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada; y 127 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto-Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre)*».

En la actualidad el artículo 10 de la Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el artículo 48, párrafo segundo, del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, con idéntico tenor a su citado antecesor prevé lo siguiente:

«*Artículo 10*

1. La sociedad quedará obligada frente a terceros por los actos realizados por sus órganos, incluso si estos actos no corresponden al objeto social de esta sociedad, a menos que dichos actos excedan los poderes que la ley atribuya o permita atribuir a estos órganos.

No obstante, los Estados miembros podrán prever que la sociedad no quedará obligada cuando estos actos excedan los límites del objeto social, si demuestra que el tercero sabía que el acto excedía este objeto o no podía ignorarlo, teniendo en cuenta las circunstancias, quedando excluido el que la sola publicación de los estatutos sea suficiente para constituir esta prueba».

Es decir, el hecho de que el órgano de administración carezca de facultades para autocontratar si no se ha sido autorizado por la Junta General, no significa otra cosa que el órgano de administración no dispone por tanto de la facultad para autocontratar, siendo por ello que al tratarse de una competencia de la Junta General, la sociedad no puede quedar vinculada por dichos actos, no siendo apli-

cable por tanto el marco de protección al que hace referencia la representación de los administradores frente a terceros prevista en el artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital en función de la interpretación al mismo que hemos de otorgarle en consonancia con el artículo 10 de la Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009.

Así no podemos coincidir con el criterio que nos ofrece la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2016 ubicando el problema en el ámbito de representación de los administradores y por tanto en la aplicación del artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital, ya que ello es contrario —en nuestra opinión— a la interpretación de las Directivas societarias que ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Nos estamos refiriendo a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 16 de diciembre de 1997.— Coöperatieve Rabobank «Vecht en Plassengebied» BA contra Erik Aarnoud Minderhoud.— Petición de decisión prejudicial: Hoge Raad — Países Bajos. Asunto C-104/96 (*Recopilación de Jurisprudencia 1997 página I-07211),* cuya Parte Dispositiva es la que sigue:

> «*El régimen de oponibilidad frente a terceros de los actos realizados por los miembros de órganos sociales en situaciones de conflicto de intereses con la sociedad representada no está comprendido en el marco normativo de la Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, Primera Directiva tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, y es competencia del legislador nacional*».

El Tribunal de Justicia, falla en consonancia con las Conclusiones del Abogado General LA PERGOLA presentadas el 12 de marzo de 1997, que sobre el particular y por su interés reproducimos:

> «*V. Examen del litigio*
>
> *6. En mi opinión, el artículo 9 de la Directiva, invocado como parámetro de interpretación de la legislación nacional controvertida y de la disposición paralela contenida en los Estatutos de Mediasafe, no se aplica al presente caso. En efecto, comparto la opinión sostenida por el Gobierno sueco y que también fue sostenida, aunque con cierta ambigüedad, por la Comisión, según la cual, la disposición contenida en el artículo 9 de la Directiva no regula el supuesto de que los órganos de la sociedad, a los que se les ha confiado su representación, se hallen en una situación de conflicto de intereses. Las consecuencias que derivan de situaciones de conflicto de intereses de los administradores se rigen pues por el Derecho nacional aplicable.*
>
> *7. Esta afirmación, que considero correcta, se funda en la propia formulación de la citada disposición que, en mi opinión, se refiere únicamente a la oponibilidad de los límites fijados por la ley, los estatutos o las resoluciones adoptadas por la sociedad, a los poderes conferidos a los representantes de la sociedad. En definitiva, estamos frente a una disposición que establece un régimen relativo al contenido material y al alcance de dichos poderes. Se trata de límites que se encuentran, por ejemplo, en las disposiciones que permiten obligar a la sociedad hasta una cantidad determinada o que establecen una distinción según el tipo de negocio jurídico que el representante está autorizado a realizar. Además,*

ello queda confirmado por el hecho de que la disposición de la Directiva de que se trata se refiere, muchas veces, a la correspondencia entre los actos realizados por el representante y el objeto social, o tiene en cuenta la publicación de los poderes de los que son titulares los órganos sociales. Por el contrario, dicha disposición no se ocupa de las circunstancias subjetivas que influyen sobre el correcto ejercicio del poder de representación.

8. En efecto, el conflicto de intereses determina un vicio en la formación de la voluntad del representante que le impide realizar legítimamente determinados actos, en la medida en que carece de la contemplatio domini. En mi opinión, el conflicto de intereses se sitúa en otro contexto muy diferente, es decir, el de las condiciones de carácter subjetivo que permiten el válido ejercicio del poder de representación. En realidad, se trata de una cuestión de falta de poderes de carácter general (se refiere efectivamente a todos los supuestos de representación, y no solo a los relativos al ámbito de las sociedades) que, no obstante, no altera la extensión objetiva de los poderes conferidos al órgano social de que se trate. Por lo tanto, la situación de conflicto de intereses paraliza la competencia y la capacidad de acción del representante en relación con los actos y con los sujetos con los que debe contratar, cuando el interés que persigue en abstracto se escinde y, por tanto, diverge del de la sociedad representada. En este supuesto, se está ante un estado patológico de la representación que no incide sobre la naturaleza ni sobre la amplitud de los poderes conferidos, sino que, por el contrario, afecta a los actos individuales que, por circunstancias que se refieren a la persona del representante, tienen por efecto, o al menos así se presume, lesionar los intereses de la sociedad. La situación de anomalía que caracteriza al representante en caso de conflicto de intereses no está regulada por la Directiva, como tampoco lo están las situaciones de incapacidad natural o legal o de los vicios de la voluntad que pueden incidir sobre la validez de los actos realizados por el mismo representante. En cambio, dicho conjunto normativo tiene por objeto regular las consecuencias de los límites objetivos fijados por las disposiciones legales o de los estatutos, o por las resoluciones adoptadas por la sociedad, a los poderes de los órganos sociales.

9. Por otra parte, mi análisis se ve reforzado también por la Propuesta de Quinta Directiva sobre las sociedades. (2) En esa ocasión, la Comisión propuso precisamente la adopción de normas específicas que hacen oponibles a terceros contratantes las situaciones de conflicto de intereses en que se halle el órgano social tiene atribuida su representación, aunque únicamente a condición de que la sociedad aporte la prueba de que estos mismos terceros contratantes conocían la irregularidad del acto realizado o que, dadas las circunstancias, no podían ignorarla (apartado 4 del art. 10). El hecho mismo de que la Comisión considerase necesario proponer que se legislara expresamente en materia de conflicto de intereses también aboga, por consiguiente, en favor de la exclusión de dicho fenómeno del ámbito de aplicación de la Directiva»[9].

Además, en las propias Conclusiones del Abogado General VERICA TRSTENJAK presentadas el 2 de junio de 2010 en el Asunto C-81/09 Idryma Typou A.E. contra Ypourgos Typou kai Meson Mazikis Enimerosis, se reconoce expresamente (nota 38) en relación con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 16 de diciembre de 1997.— Coöperatieve Rabobank «Vecht

en Plassengebied» BA contra Erik Aarnoud Minderhoud. —Petición de decisión prejudicial: Hoge Raad— Países Bajos. Asunto C-104/96 (*Recopilación de Jurisprudencia 1997 página I-07211)* que: «*En aquel asunto se trataba de la cuestión de si el Derecho nacional puede disponer limitaciones al poder de representación de los órganos en casos concretos aun cuando el tercero no fuera realmente consciente de una infracción. El Tribunal de Justicia respondió afirmativamente con el argumento de que el legislador comunitario no quiso regular tales casos (de conflicto de intereses y de autocontratación) y que dejó una laguna normativa. Dicha laguna debía ser colmada conforme al Derecho nacional*»., esto es, que no solo el genuino conflicto de intereses sino también el propio autocontrato, quedaban fuera del ámbito de aplicación de la directiva societaria citada.

Por su parte, en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de noviembre de 1991 se consideran incluidos en el poder de representación de los administradores: 1) los actos de desarrollo o ejecución del objeto, sea de forma directa o indirecta; 2) los actos complementarios o auxiliares para ello; 3) los actos neutros o polivalentes; y 4) los actos aparentemente no conectados con el objeto social. Dentro de los actos contrarios al objeto social se encuentran los genuinamente contrarios y los actos no tanto contrarios al objeto, sino que exceden de la competencia legal de los administradores, por ello, debe considerarse también a los efectos del artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital como acto contrario al objeto social sin vincular a la sociedad y a terceros los casos de autocontrato prohibido, aunque seamos conscientes de la polémica doctrinal existente acerca de si el autocontrato ilícito es un acto contrario al objeto social o se trata de un acto neutro en relación con el objeto social.

Pues bien, la actuación de los administradores en un supuesto de autocontratación con conflicto de intereses y sin autorización de la Junta General ha de quedar por tanto al margen de la aplicación de la Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, (véase artículo 10 de la Directiva 2009/101/CE del parlamento y el Consejo de 16 de septiembre de 2009), y por consiguiente de la aplicación del artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital, por lo que a nuestro entender dicha actuación —no estando configurada dentro del poder de representación de los administradores— ha de configurarse como un supuesto de falta de poder, dentro del ámbito de aplicación de lo previsto en el artículo 1259 del Código Civil, lo que volvemos a reiterar, casa con la dispensa sobre todo *ex post* que pueda efectuarse.

Por lo tanto, en nuestra opinión, las mismas consideraciones a las que llegamos en el caso de que se diera un supuesto de conflicto de interés en el órgano de representación orgánica de la sociedad, son a las que hemos de llegar en el caso de que exista una autocontratación del órgano de administración no autorizada[10].

El artículo 1259 del Código Civil expresamente prevé que:

> «*Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por este autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal. El contrato celebrado a nombre de otro por quien su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante*».

Sobre las consecuencias del acto del representante sin poder ha existido una extensa polémica tanto a nivel jurisprudencial o doctrinal[11] al respecto.

De esta forma, existen Sentencias del Tribunal Supremo que se decantan por la anulabilidad del acto (*vid.,* SSTS de 9 de mayo de 1994 y 23 de diciembre de

1997), y otras por considerar que el acto del representante sin poder ha de ser calificado como un negocio jurídico incompleto, no nulo ni inexistente, susceptible de ser ratificado (*vid.*, SSTS de 10 de junio de 2002 y 4 de abril de 2004).

Por su parte, y a título de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 2007 *(RJ* 2007, 9063), expone la correcta doctrina al respecto:

> *«2.º El contrato celebrado sin poder es ciertamente un negocio jurídico incompleto y la ratificación afecta al dueño del negocio, que puede o no aceptarlo para quedar obligado. La Sentencia de 10 de junio de 2002 (RJ 2002, 4884) señala que el recurrente "ignora presupuestos de la dogmática jurídica en cuanto que, la sanción del artículo 1259 de Código Civil (LEG 1889, 27), supone, sin más, que ese contrato en la hipótesis —no acreditada como se ha expuesto por la Sala* a quo*— celebrado a nombre de otro sin su autorización o representación, ni es existente, ni es radicalmente nulo […]". La Sentencia de 26 de julio de 2001 (RJ 2001, 8428) dice que "[O]bviamente, en cuanto al primer aspecto, no cabe apreciar infracción alguna del artículo 1259, porque este precepto recoge en su párrafo segundo inciso final la eficacia convalidante de la ratificación efectuada por la persona a cuyo nombre se otorgue un negocio sin su autorización previa, siempre que tenga lugar antes de ser revocado por la otra parte contratante, y si bien dicho precepto no recoge expresamente (a diferencia del art. 1727) la modalidad de ratificación tácita, esta posibilidad, que se produce cuando el interesado (representado) realiza un comportamiento que objetivamente solo es posible entender con una ratificación y que revela de manera inequívoca la voluntad de ratificar, se halla reconocida por las Sentencias, entre otras, de 25 de marzo de 1968 (RJ 1968, 3408) (cuando resulte de hechos que impliquen necesariamente la aprobación del «dominus»), 22 de diciembre de 1977 (RJ 1977, 4837) (presuncionalmente deducida), 25 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1263) (deducida de datos objetivos de aprobación), y 18 de marzo de 1999 (RJ 1999, 1858), […]"».*

En nuestra opinión, los supuestos en que el contrato o negocio jurídico es celebrado por un representante sin poder han de calificarse como de negocios pendientes de una *condictio iuris* para su eficacia, es decir, la consistente ratificación expresa o tácita del principal, sin que puedan considerarse como nulos o anulables.

No obstante, si nos podemos referir al supuesto de hecho como *falsus procuratus* y representación aparente, no es menos cierto que es necesario realizar diferencias al respecto en función de cuál es el sujeto cuya protección debe primar, es decir, el principal (sociedad) o el tercero contratante.

Agudamente, DÍEZ-PICAZO[12] analiza el anterior problema sobre las distinciones y efectos que nos podemos encontrar en los casos de representante sin poder y representante aparente. De esta forma, nos enseña que: «Para perfilar el supuesto que ahora analizamos hay que preguntarse si es posible distinguir el representante aparente o la apariencia de poder de representación de la figura estricta del representante sin poder. Aunque a veces en la terminología se confunde (ver Messineo, RTDDC, 1957), a nuestro juicio, la figura del falso procurador constituye una particular aplicación de la hipótesis de la ausencia de poder de representación, en la cual la protección hay que dispensarla en favor del *dominus*. Supone, por consiguiente, que el *dominus* no ha participado en absoluto en la

actividad del llamado *fictus procurator,* que esta no se ha debido ni a su iniciativa ni ha habido respecto de ella aquiescencia. En estos casos, la eventual protección de los terceros que hayan tratado con el *falsus procurator* no se sitúa en primer plano, porque estos terceros han soportado una carga de diligencia en la investigación de los poderes de representación de la persona con que se han relacionado.

En cambio, es distinta la situación de los que se pueden llamar representantes aparentes. La apariencia de poder de representación puede obedecer a un comportamiento del *dominus negotii,* cuando este, con sus actos, tácitamente o con su aquiescencia, ha contribuido a crear la apariencia y, por consiguiente, la base de una situación en la que los terceros pudieran confiar razonablemente. En este caso, la hipótesis no es de *falsus procurator*. Por el contrario, hay una auténtica procura o apoderamiento tácito, producido por *facta concludentia.*

Obviamente, la situación es distinta cuando la apariencia ha sido creada exclusivamente por el representante. Por ejemplo: ha falsificado el documento que le acredita como representante o ha llevado a cabo cualquier otra situación culpable o fraudulenta. La apariencia creada por el representante no cambia la cuestión del falso procurador. Hay únicamente inexistencia de poder de representación».

En análogo sentido al ya expuesto, GORDILLO CAÑAS[13] opina que: «En efecto, incluso tomando *falsus procurator* en la acepción más amplia que se le atribuye en la doctrina como comprensiva de la actuación, no solo de quien jamás gozó de poder de representación, sino de quien, teniéndolo, lo traspasa, abusa de él, o lo ejercita tras su extinción, siempre será cierto que ella no viene a confundirse con la del representante aparente. Esta última supone que, a más de actuación sin poder, concurren en el supuesto circunstancias tales que pueden llevar al tercero a la convicción razonable de que la persona en cuyo nombre actúa el representante ha apoderado efectivamente a este. Solo en este caso el *falsus procurator,* será, además, representante aparente».

Por tanto, en términos de apariencia jurídica o no ha de desenvolverse la existencia de protección del tercero.

Es conclusión, el acto del administrador con infracción del deber de lealtad o de la prohibición del autocontrato en el que exista un conflicto de interés puede ser considerado como un acto o negocio ineficaz o irrelevante, sujeto a la autorización o ratificación del órgano societario correspondiente, que implicaría la legitimación de la actuación del administrador enervando la ilicitud de su conducta y la eficacia del negocio, sin que la infracción y el negocio puedan quedar amparados dentro del ámbito representativo de los administradores.

III. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales.* Editorial Edersa, 2005, Tomo XXV, Vol. 1.º.

DÍEZ-PICAZO. *La representación en el Derecho Privado.* Editorial Civitas, 1979.

— *Comentario del Código Civil.* Ministerio de Justicia. Tomo II. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid, 1993.

— *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.* Editorial Thomson-Civitas, 2003.

— *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las Relaciones Obligatorias,* 6.ª edición, Thomson-Civitas, 2008.

ESTRUCH ESTRUCH. Eficacia e ineficacia del autocontrato. *Anuario de Derecho Civil,* 2013 (III).

GORDILLO CAÑAS. *La representación aparente (una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica),* Sevilla 1978.
PÉREZ RAMOS. La autocontratación en materia societaria y en la formalización de los negocios bancarios. *Cuadernos de Derecho y Comercio,* número 55, junio de 2011
REDONDO TRIGO. El «*falsus procuratus*» y los casos de falta de autorización de la Junta General para la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Año núm. 91, núm. 752, 2015.
— La ineficacia de la representación como consecuencia de la infracción del deber de lealtad de los administradores y las situaciones de conflicto de interés. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (en imprenta).

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJ de la Unión Europea de 16 de diciembre de 1997.
- STS de 9 de mayo de 1994.
- STS de 23 de diciembre de 1997.
- STS de 9 de junio de 1997.
- STS de 10 de junio de 2002.
- STS de 4 de abril de 2004.
- STS de 28 de diciembre de 2007.
- STS de 25 noviembre de 2016.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de noviembre de 1991.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de febrero de 2012.

NOTAS

[1] DÍEZ-PICAZO. *La representación en el Derecho Privado.* Editorial Civitas, 1979, pp. 200 y 201.

[2] DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las Relaciones Obligatorias,* 6.ª edición, Thomson-Civitas, 2008, p. 452.

[3] ALBALADEJO. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales.* Editorial Edersa, 2005, Tomo XXV, Vol. 1.º.

[4] DÍEZ-PICAZO. *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.* Editorial Thomson-Civitas, 2003, p. 193.

[5] DÍEZ-PICAZO. *La representación en el Derecho Privado.* Editorial Civitas, 1979, pp. 212 y 213.

[6] ESTRUCH ESTRUCH. Eficacia e ineficacia del autocontrato. *Anuario de Derecho Civil,* 2013 (III).

[7] ESTRUCH ESTRUCH. Eficacia e ineficacia del autocontrato. *Anuario de Derecho Civil,* 2013 (III).

[8] En contra, PÉREZ RAMOS. La autocontratación en materia societaria y en la formalización de los negocios bancarios. *Cuadernos de Derecho y Comercio,* número 55, junio de 2011, p. 175: «Nos parece esencial la idea de que la ilimitación de las facultades de los administradores frente a los terceros de buena fe solo concurre en el ámbito de las competencias que le son propias, no cuando es competencia de otro órgano. Pero en materia de autocontrato carecemos de una norma que con carácter general prohíba el mismo y ordene que corresponda salvarlo a la Junta General.

Reconozco que esta afirmación tiene el inconveniente que el mismo negocio y podría tener dos tratamientos distintos. Así, por ejemplo, el tercero no quedaría protegido si la sociedad limitada interviene como fiadora o hipotecante no deudora representada por el administrador que a su vez interviene en su propio nombre como prestatario, por el artículo 162 TLSC, cuando en cuanto autocontrato prohibido su ineficacia no sería oponible al tercero de buena fe. Sin embargo, el que perjudique a tercero, en este caso no significa que el autocontrato tenga distinto trato, sino que la prohibición no deriva en general de la institución del autocontrato, sino de la prohibición de asistencia financiera que tiene su propia justificación».

[9] Propuesta modificada de Quinta Directiva basada en el artículo 54 (3) (g) del tratado CEE referente a la estructura de las sociedades anónimas y a los poderes y obligaciones de sus cargos (presentada por la Comisión al Consejo el 19 de agosto de 1983), preveía lo siguiente:

«4. La falta de autorización por parte del órgano de vigilancia o la irregularidad de la decisión por la que se concede la autorización no podrá oponerse frente a terceros, a menos que la sociedad pruebe que dichos terceros estaban al corriente de la falta de autorización o de la irregularidad de la decisión, o que no podían ignorarlo, teniendo en cuenta las circunstancias».

[10] REDONDO TRIGO. La ineficacia de la representación como consecuencia de la infracción del deber de lealtad de los administradores y las situaciones de conflicto de interés. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (en imprenta).

Sobre actuación del órgano administración en contravención de las competencias de la Junta General y con relación con este tema, *vid.,* Redondo Trigo. El «falsus procuratus» y los casos de falta de autorización de la Junta General para la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Año núm. 91, núm. 752, 2015.

[11] DÍEZ-PICAZO, *Comentario del Código Civil.* Ministerio de Justicia. Tomo II. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid, 1993, pp. 439 y 440, expone su parecer del siguiente modo: «La segunda parte del precepto legal que comentamos, examina el régimen jurídico del contrato celebrado por quien carece de poder de representación suficiente, lo que puede ocurrir porque el poder no haya sido jamás otorgado, porque se haya extinguido con todos los requisitos necesarios para que esta extinción produzca efecto en relación con los terceros o porque el poder de representación sea insuficiente en relación con el acto que se pretende celebrar. Para esta hipótesis, en los casos en que la actuación del representante es abierta, el artículo 1259 considera el acto nulo, aunque sin puntualizar, ni hacer ningún tipo de referencia a la clase de nulidad. Inmediatamente después de decir que es nulo añade que el acto puede ser ratificado por el *dominus* o principal, lo que se compagina mal con una nulidad que, carente de calificación, habría que considerar como radical y absoluto. Efectivamente, si un acto es radicalmente nulo, no admite convalidación, ni producción de efectos en momento alguno. Un acto que puede ser ratificado y que a partir de su ratificación produce todos sus efectos, no puede ser considerado nulo en sentido estricto. Además, el precepto legal admite que el tercero puede «revocar» el contrato celebrado por el representante sin poder, lo que tampoco parece conciliable con la sanción de nulidad, pues el acto es per se nulo, el tercero no puede ni tiene por qué revocarlo.

Podría pensarse que con la referencia a la nulidad, el del Código Civil alude a lo que técnicamente se denomina anulabilidad, mas tampoco esta categoría conviene al fenómeno contemplado en el precepto que comentamos. La ley no atribuye al *dominus* o principal un poder especial de impugnación del acto, ni tiene este por qué soportar la carga de llevar a cabo la impugnación. Además, aun en el supuesto de que el principal o el representado atacara o impugnara el acto, no por ello destruiría la eficacia que tal acto puede desplegar entre sus autores. Por todo ello, entendemos que la categoría técnica que expresa mejor la calificación que merece el acto del representante sin poder frente al principal o *dominus* es la de ineficacia relativa o irrelevancia».

[12] DÍEZ-PICAZO. *La representación en el Derecho Privado*. Editorial Civitas, 1979, pp. 214 y 215.

[13] Con carácter general sobre la materia de la representación aparente, *Vid.,* GORDILLO CAÑAS. *La representación aparente (una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica),* Sevilla 1978.

3. URBANISMO

La constancia registral del cambio de uso de una edificación o de parte de ella

Registration of the change of use of a building or a part of it

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN
Abogado

RESUMEN: Análisis de los requisitos para la inscripción en el Registro de la Propiedad del cambio de uso de un edificio o de un piso o local del mismo tanto desde el punto de vista del Derecho civil como del urbanístico.

ABSTRACT: Analysis of the requirements in order to record in the Land Registry the change of use of a building or one of its flats or premises from both points of view of civil and planning law.

PALABRAS CLAVE: Obra nueva. Edificio. Propiedad horizontal. Cambio de uso.

KEY WORDS: New construction. Building. Horizontal property. Condominium. Change of use.

Resolución de 13 de noviembre de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

SUMARIO: I. RESUMEN DE LOS HECHOS.—II. RESUMEN DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO.—III. COMENTARIOS: 1. Planteamiento. 2. La constancia registral del uso de las edificaciones o de sus pisos o locales de la nota marginal de inicio del procedimiento de equidistribución. 3. La inscripción del cambio de uso: requisitos urbanísticos: *A) La conexión entre la declaración de obra nueva y el cambio de uso. B) La regla general del cumplimiento de las autorizaciones urbanísticas necesarias para el cambio de uso. C) La regla especial de la prescripción de la infracción cometida*. 4. Requisitos civiles: el cambio de uso en el régimen de propiedad horizontal.

I. RESUMEN DE LOS HECHOS

Por escritura autorizada por el Notario recurrente el día 31 de mayo de 2013, los propietarios de determinada finca integrada en un régimen de propiedad

horizontal que consta inscrita como local comercial, declaran el cambio de uso a vivienda por no incumplir ninguna prohibición estatutaria. A los efectos de cumplir con la legislación urbanística, entregan al Notario, para su incorporación al documento público, certificación expedida por Arquitecto técnico cuya firma legitima el autorizante, de la que resulta que el departamento descrito lleva cuarenta años utilizándose como vivienda.

Presentada copia autorizada de dicha escritura en el Registro de la Propiedad, fue calificada negativamente con suspensión de la inscripción por dos motivos fundamentalmente. En primer lugar, por entender que ningún artículo de los estatutos del régimen de propiedad horizontal del edificio en que se integra el departamento a que se refiere la escritura antedicha se refiere a la facultad unilateral de los titulares de los distintos departamentos del edificio para cambiar el uso de los mismos y, en consecuencia, deberá aportarse el acuerdo de la Junta de Propietarios del edificio en que dicho departamento se integra que autorice el cambio de uso referido.

El segundo motivo de suspensión consiste en que, a juicio del Registrador, no es de aplicación para el cambio de uso a que se refiere la escritura calificada un certificado técnico como el incorporado a la misma, pues tal certificado está previsto para la inscripción de obras antiguas, según los artículos 20.4 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008 (hoy, 28.4 del vigente Texto Refundido de 2015) y 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio), pero nada dicen tales preceptos respecto a su aplicación para el cambio de uso de un departamento, como es el caso que ahora nos ocupa; no siendo además competencia del técnico certificar sobre el uso de un inmueble, sino certificar respecto de su antigüedad y su adecuación a un proyecto.

II. RESUMEN DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Las cuestiones que se discuten en este expediente son dos: por un lado si es posible inscribir en el Registro de la Propiedad el cambio de uso de local a vivienda acordado exclusivamente por los titulares registrales de una finca integrada en un edificio sujeto a la Ley de Propiedad Horizontal. Por otro, si es aplicable a este supuesto el mecanismo de inscripción previsto en la legislación sobre ordenación urbana y territorio para la inscripción de obras nuevas respecto a las que no proceda el ejercicio de acciones de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición.

2. Respecto de la primera cuestión, (…) la doctrina del Centro Directivo se acomoda perfectamente a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que tiene declarado tanto el principio de libertad de uso de los elementos privativos como la posibilidad de su restricción en aquellos supuestos en que así resulte de una norma estatutaria. Igualmente es doctrina jurisprudencial que en el ámbito de la propiedad horizontal la mera descripción del uso atribuido a un elemento privativo no constituye por sí restricción de uso alguna. Para que así ocurra es preciso que la limitación se haya hecho constar de modo expreso en los estatutos y que conste en la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad con el fin de ser eficaz frente a terceros.

3. El primer defecto del acuerdo de calificación no puede ser mantenido pues (…) no es posible afirmar que la inscripción del cambio de uso solo es posible si los estatutos del régimen expresamente lo autorizan porque la previsión legal es la contraria como ha quedado debidamente expuesto: solo si los estatutos

prevén una limitación en los usos permitidos y dicha limitación, debidamente expresada, consta inscrita en el régimen de propiedad horizontal es posible rechazar la inscripción de un cambio de uso que sea incompatible con su contenido y sin la oportuna modificación llevada a cabo por la junta de propietarios (art. 14.d de la Ley de Propiedad Horizontal). Por otro lado, y de conformidad con lo establecido en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, esta Dirección General no puede entrar a valorar el contenido de unos estatutos cuyos particulares no fueron objeto de expresión en el acuerdo de calificación y que por consiguiente no sirvieron de fundamento al rechazo a la inscripción.

4. El segundo defecto rechaza la inscripción del cambio de uso de local a vivienda por no aportar licencia municipal que lo autorice y sin que sea posible la aplicación del mecanismo previsto para las obras nuevas antiguas en el artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, y por no ser competencia del técnico certificar al respecto (…).

De la regulación legal resulta indubitado que el uso autorizado no es una característica accidental de la edificación sino que forma parte de su estructura integrando el contorno que delimita su contenido. De aquí se sigue que la alteración del uso permitido implica una alteración del contenido del derecho de propiedad, de la propiedad misma (…).

La inscripción de la declaración de obra nueva se verifica acreditando la concurrencia de los requisitos establecidos por la normativa urbanística o bien acreditando por medio de certificado o documento hábil que han transcurrido los plazos para el ejercicio de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición de conformidad con lo previsto en el artículo 20 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo en su redacción vigente al tiempo de la autorización y presentación (hoy, art. 28.4 del Texto Refundido de 2015) (…).

5. Como veíamos al principio ni Registrador ni recurrente discuten el hecho de que la inscripción del cambio de uso de vivienda a local es uno de los supuestos sujetos a licencia en la legislación territorialmente aplicable. La discrepancia se centra en que el Registrador exige que se aporte licencia de la Administración competente negando la posibilidad de que la inscripción se lleve a cabo mediante certificado de técnico competente.

Dicha conclusión no puede mantenerse porque si la inscripción de una obra nueva puede hacerse sin necesidad de aportar licencia en los supuestos previstos por la Ley (actual art. 28.4 de la Ley de Suelo), del mismo modo puede llevarse su modificación de concurrir las circunstancias legalmente exigibles. Si hemos concluido que el cambio de uso de la edificación es un acto de modificación de la obra nueva inscrita y que dicha situación reconduce a los requisitos para la inscripción de obras nuevas, es forzoso admitir que es posible practicar la inscripción sin licencia en los supuestos en que la Ley así lo permite y que vienen contemplados en el artículo 20.4 de la Ley de Suelo (hoy, 28.4) y en el artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio (…).

6. Llegados a este punto solo resta amparar el motivo de recurso. Resultando de la documentación aportada que el local inscrito está destinado a un uso de vivienda desde que se llevó a cabo la edificación hace cuarenta años y que dicha información está respaldada por certificado de técnico competente en los términos del artículo 20.4 de la Ley de Suelo (28.4 de la vigente), ningún reproche cabe realizar a la inscripción de la modificación solicitada sin perjuicio de que el Registrador, precisamente en aplicación de la norma, notifique al Ayuntamiento

en los términos de la letra c) del artículo y deje constancia en la inscripción de la práctica de la notificación.

Ciertamente el Registro reflejará un uso posiblemente contrario a las previsiones urbanísticas pero como ha recordado este Centro Directivo (Resoluciones de 6 de febrero y 11 de mayo de 2013), esta circunstancia constituye precisamente el supuesto de hecho de la norma. Y es por esta circunstancia por la que ha insistido esta Dirección General (*vid.*, «Vistos»), en que en las inscripciones llevadas a cabo de conformidad con lo previsto en el artículo 20.4 de la Ley de Suelo no puede exigirse la acreditación de una licencia de ocupación que el precepto no contempla y sin perjuicio de que el uso continuado contrario al ordenamiento sea sancionable, en su caso, por vía de disciplina urbanística.

Siendo la inscripción de la obra nueva y de su modificación el reflejo registral de un hecho (Resolución de 21 de febrero de 1995) se cumple así la vocación de que el Registro refleje la realidad extrarregistral (art. 198 de la Ley Hipotecaria), en este caso el destino a un uso determinado, lícito o no, y sin perjuicio de las consecuencias urbanísticas que de ello pudieran derivarse en los términos previstos en el inciso final del artículo 20 (hoy, 28 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana).

En consecuencia, se estima el recurso y se revoca la nota de calificación del Registrador.

III. COMENTARIOS

1. Planteamiento

La Resolución objeto de este comentario contempla dos clases de requisitos para la inscripción del cambio de uso de elementos privativos de un edificio en régimen de propiedad horizontal. La primera categoría es la de los requisitos civiles, respecto de los cuales la nota de calificación considera que en el caso analizado el contenido de los estatutos de la comunidad impide el cambio de uso de local a vivienda, por lo que exige que se aporte el acuerdo de la junta de propietarios que autorice dicho cambio. Por el contrario, la Resolución considera que en el caso concreto no existe tal restricción estatutaria, por lo que debe regir la regla jurisprudencial consistente en la libertad de destino de los elementos privativos.

La segunda categoría es la de los requisitos urbanísticos. El Registrador rechaza la inscripción del cambio de uso por no aportarse licencia municipal que lo autorice y por considerar que no es posible aplicar a dicha operación el mecanismo previsto para las llamadas obras antiguas y por no ser competencia del técnico certificar al respecto.

En los apartados que siguen se examinarán separadamente los aspectos urbanísticos y civiles de la inscripción del cambio de uso de una obra declarada o de parte de ella (es decir, de todo un edificio o solo de alguno de los pisos o locales en que estuviere dividido horizontalmente), para lo cual comenzaremos con unas breves reflexiones sobre la constancia en el Registro de la Propiedad del uso de lo construido.

2. La constancia registral del uso de las edificaciones o de sus pisos o locales

El uso o destino de una edificación, o de uno de sus pisos o locales si estuviera dividida horizontalmente, forma parte de su descripción y su constancia

en el Registro de la Propiedad tiene lugar, según el Centro Directivo, a través de los cauces de inscripción de la correspondiente declaración de obra nueva y, en su caso, división horizontal, como veremos.

Tradicionalmente, la constancia registral del uso de las edificaciones no estaba sometida al control administrativo, como lo prueban las escuetas normas que regulaban la inscripción de la declaración de obra nueva, contenidas en el antiguo artículo 208 de la Ley Hipotecaria (las cuales fueron sustituidas por el vigente artículo 202, redactado por la Ley 13/2015, de 24 de junio).

Más tarde, la legislación urbanística condicionó el ejercicio del *ius aedificandi* al cumplimiento de una serie de deberes y a la obtención de licencia o autorización de obras por parte de la Administración competente, llegando a afectar a la concepción tradicional del derecho de accesión. Este influjo administrativo se extendió posteriormente a la inscripción de las obras nuevas, que quedó condicionada al cumplimiento de los requisitos emergidos del urbanismo.

De este modo, a partir de la Ley de 1990 de reforma de la Ley del Suelo y el subsiguiente Texto Refundido de 1992, la acción administrativa aprovechó en esta materia la idoneidad de las instituciones notarial y registral para garantizar el cumplimiento de la legalidad urbanística de los actos sometidos a la autorización de los Notarios y a la calificación de los registradores, quienes para desempeñar su respectivo ministerio deben desde entonces comprobar el cumplimiento de los requisitos de aquella naturaleza. La regulación legal se encuentra complementada desde el punto de vista registral por 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, el cual contiene una ligera alusión al uso de lo edificado en su artículo 45, cuando dispone que en la inscripción de la declaración de obra nueva deberá constar, si en el proyecto aprobado se especifica, el número de viviendas, apartamentos, estudios, despachos, oficinas o cualquier otro elemento que sea susceptible de aprovechamiento independiente.

La forma de llevar a cabo el control notarial y registral de la legalidad urbanística de las obras ha variado notablemente merced a las sucesivas aportaciones de distintas leyes que han ido incidiendo en la materia, introduciendo en un relativamente corto periodo de tiempo una gran cantidad de modificaciones que dejan patente la dificultad con la que se encuentra el legislador a la hora de dotar a esta institución de una regulación adecuada y estable. El citado Real Decreto de 1997 ha perdido parte de su vigencia como consecuencia de estas modificaciones en algunos de sus extremos, en los cuales debe considerarse superado.

Sea como fuere, la inscripción de la declaración de obra nueva se encuentra sujeta a una doble vía: una general y otra especial o excepcional. La regla general consiste, sintéticamente, en acreditar el cumplimiento de la legalidad urbanística de la obra mediante la oportuna licencia o autorización exigida por la legislación autonómica aplicable y una certificación expedida por técnico competente, además de otros requisitos, recogidos hoy en el artículo 28 del vigente Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. La regla especial o excepcional consiste en la posibilidad de inscribir la declaración de obra nueva sin necesidad del concurso de los anteriores requisitos siempre que se acredite fehacientemente el transcurso, desde la terminación de la obra, del plazo de prescripción de la ilegalidad cometida por su construcción (es el caso de las llamadas obras antiguas).

En la regulación de la regla general de inscripción de la declaración de la obra nueva se contienen varios extremos relativos al uso de la edificación. Entre

ellos cabe citar a modo de ejemplo, en primer lugar, la circunstancia de que la licencia de obras se concede para un uso determinado en el proyecto presentado ante el Ayuntamiento, uso que naturalmente habrá de estar amparado por la cobertura del planeamiento urbanístico. La certificación técnica exigida en cada caso acredita que la obra se ajusta a la descripción que figura en el proyecto, lo que, entre otras circunstancias, incluye el uso en él consignado. En fin, mediante el requisito de la licencia de primera ocupación o utilización se comprueba la adecuación urbanística de las obras ejecutadas a la licencia otorgada y a la normativa y ordenación urbanística aplicable en cuanto al uso previsto para el edificio. El Tribunal Supremo ha configurado el objeto de esta última licencia especificando que con ella se comprueba el cumplimiento de las condiciones impuestas en la licencia de obras o edificación, la conformidad de la obra con el proyecto aprobado y la idoneidad del edificio para servir al uso previsto por el planeamiento por reunir las condiciones necesarias de seguridad y salubridad[1].

Ya vimos que el Real Decreto 1093/1997 contiene también una leve referencia a la constancia registral del uso en su artículo 45.

Con esta constancia del uso de las edificaciones se logra una cierta coordinación entre el urbanismo y el Registro de la Propiedad. Evidentemente, no se trata con ello de dar publicidad a los usos permitidos por el planeamiento urbanístico para cada inmueble o zona, ya que son los Ayuntamientos los encargados de llevar a cabo esta publicidad, sobre la base del carácter público de los planes. Establecer una duplicidad de instrumentos de publicidad no solo resultaría innecesario sino también perturbador, dado el carácter dinámico y cambiante del contenido de los planes. Mediante la constancia registral del uso se completa la descripción del inmueble en aras del principio de especialidad y se justifica la práctica de la inscripción de la obra por haber cumplido con los requisitos urbanísticos que le afectaban en el momento de producirse dicha inscripción. En el caso de las obras antiguas, la constancia registral del uso refleja la realidad fáctica de su destino efectivo y se justifica por no resultar necesario el cumplimiento de los citados requisitos por razón de la prescripción acreditada.

Pero la aludida coordinación no es total en ninguno de los dos casos, pues el uso inscrito puede ser o no conforme con el planeamiento urbanístico. En este punto existe una cierta confusión, alentada en cierto sentido por el legislador estatal cuando mediante el Real Decreto-ley 8/2011, al modificar la regulación por la Ley del Suelo de la declaración de obra nueva, identificó la inscripción de las obras antiguas con la situación de fuera de ordenación[2]. Frente a ello, debe tenerse en cuenta en primer término la variedad de matices que se imprimen al concepto de fuera de ordenación en las distintas leyes autonómicas. En segundo lugar, la inscripción de obra antigua no implica necesariamente la constancia registral de un uso fuera de ordenación (entendida esta expresión en su acepción más común), ya que puede suceder que el uso a que se destine la obra se encuentre entre los permitidos por el planeamiento, a pesar de haberse inscrito sin acreditar el cumplimiento de los requisitos urbanísticos. A la inversa, si la declaración de obra nueva se inscribió mediante tal acreditación, lo que implica que a la fecha de la inscripción el uso de la obra era conforme con el planeamiento, esta conformidad podría desaparecer de forma sobrevenida si tras la inscripción se produjera un cambio en el planeamiento que dejara la edificación en situación de fuera de ordenación cuando entre los nuevos usos permitidos por el nuevo plan no se encontrara el inscrito sin que, por tanto, esta situación tuviera reflejo registral.

3. La inscripción del cambio de uso: requisitos urbanísticos

A) Las conexiones entre la declaración de obra nueva y el cambio de uso

De forma paralela a lo expuesto en relación con la declaración de obra nueva, antes de la Ley de Reforma de 1990 el cambio de uso de lo edificado se constataba con base en las declaraciones de las partes y tan solo era necesario acreditar el cumplimiento de los requisitos civiles del acto documentado, al margen del control de la legalidad urbanística. En este sentido, la Resolución de la Dirección General de 24 de enero de 1989 permitió la inscripción de una escritura de cambio de uso de determinados elementos privativos de una propiedad horizontal basada en las meras declaraciones de los otorgantes y sin el menor reflejo de los requisitos de índole urbanística, centrándose exclusivamente en los de carácter civil.

Más tarde, a partir de la citada reforma de 1990, que extiende a notarios y registradores la función de control de la legalidad urbanística de los actos referidos a las edificaciones y sus modificaciones, empieza a haber testimonios de Resoluciones en las que, evidentemente sin dejar de verificar el cumplimiento de los requisitos civiles, se alude igualmente a los urbanísticos. Así, la Resolución de 25 de septiembre de 1991, en un supuesto de modificación de uso de los desvanes de una de las plantas de un edificio, hace una referencia tangencial al reflejo en la escritura de la acreditación de la obtención de «las oportunas licencias municipales» relativas a las obras de adaptación a vivienda de aquellos elementos. En el último inciso del Fundamento de Derecho 3 se hace referencia a una cláusula concreta de los estatutos de la comunidad que permite realizar divisiones, segregaciones y agrupaciones de los desvanes sin necesidad de aprobación de la junta de condueños, añadiendo la Resolución que dicha cláusula «no autoriza sin esta aprobación a transformar el destino de un elemento privativo de desván-trastero en vivienda, y por eso también la necesaria licencia de obras concedida hay que entenderla subordinada en este aspecto a aquella otra aprobación».

En la actualidad, según la doctrina de la Dirección General, la inscripción del uso de las edificaciones, o de los diferentes departamentos en que pudieran estar divididas, se encuentra canalizada formalmente bajo la cobertura legal de la regulación de la declaración de obra nueva, y lo mismo sucede con la modificación del uso previamente registrado.

Frente a esta tendencia cabría oponer: que si bien el cambio de uso puede llevar aparejada la realización de obras de acondicionamiento que modifiquen la declaración de obra nueva, también es posible que tales obras no resulten necesarias; que la inscripción del cambio de uso no se encuentra regulada ni en la legislación estatal del suelo ni en el Real Decreto 1093/1997, que solo se ocupan de la inscripción de la declaración de obra nueva, y que la modificación de esta no puede identificarse con la del uso, por lo que no cabe interpretar extensivamente una norma limitativa de una de las facultades dominicales como es la de construir sobre el suelo propio y obtener su constatación registral.

Sin embargo, en nuestra opinión, tales afirmaciones no pueden imponerse por varias razones. En primer lugar, por el carácter estatutario del derecho de propiedad, unánimemente reconocido en nuestros días, del que se deduce que las normas sobre inscripción de las declaraciones de obra nueva no merecen el calificativo de normas limitativas, sino más bien delimitadoras del contorno ordinario del dominio. No en vano, el artículo 12 del Real Decreto Legislativo 7/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, bajo el epígrafe «contenido del derecho de propiedad del suelo:

facultades», dispone que «el derecho de propiedad del suelo comprende las facultades de uso, disfrute y explotación del mismo conforme al estado, clasificación, características objetivas y destino que tenga en cada momento, de acuerdo con la legislación en materia de ordenación territorial y urbanística aplicable por razón de las características y situación del bien». Así pues, la aplicación al uso de los requisitos de la modificación de la declaración de obra nueva tampoco merecería el calificativo de extensiva sino, a lo sumo, de integradora y requiere ciertas adaptaciones, a las que luego nos referiremos.

En segundo término, el artículo 15.1.a) del mismo Texto Refundido incluye entre los deberes que comprende el derecho de propiedad de los terrenos, las instalaciones, construcciones y edificaciones el de «dedicarlos a usos que sean compatibles con la ordenación territorial y urbanística». Según reconoce la Dirección General[3], de la regulación legal resulta indubitado que el uso autorizado no es una característica accidental de la edificación, sino que forma parte de su estructura integrando el contorno que delimita su contenido. De aquí se sigue que la alteración del uso permitido implica una alteración del contenido del derecho de propiedad, de la propiedad misma. El control administrativo en torno a si una edificación concreta y determinada puede ser objeto de un uso específico se lleva a cabo con carácter previo mediante la oportuna licencia de edificación y determinación de usos y posteriormente con la licencia de ocupación (u otro título habilitante) que tiene por objeto la verificación de que la edificación autorizada se ha llevado de conformidad con (entre otras cosas) los usos previstos y aprobados. La contravención de la normativa urbanística se reprime mediante la aplicación de las previsiones sobre disciplina a través de las sanciones contempladas al respecto, pudiendo derivar, además, en actuaciones de restablecimiento de la legalidad infringida.

En fin, y como se ha visto anteriormente, el uso de la edificación forma parte esencial de la propia declaración de obra nueva, por lo que es lógico pensar que el cambio ulterior del uso lleva consigo la modificación de aquella declaración y debe someterse a los requisitos propios de esta. Así lo entiende la Resolución de 21 de abril de 2014 al afirmar que, verificada la inscripción de la declaración de obra nueva en el Registro de la Propiedad con unos usos determinados cuyo reflejo consta en la forma establecida en el artículo 45 del Real Decreto 1093/1997, cualquier modificación que de los mismos se lleve a cabo exige nuevamente la aplicación de la norma sobre inscripción en el Registro de obras nuevas, pues, aunque no siempre una alteración de la descripción de la obra nueva inscrita implica la exigencia de acreditación de los requisitos establecidos por la normativa urbanística, es evidente que la alteración del uso de todo o parte del edificio inscrito cuando la ley urbanística aplicable exija autorización nos reconduce a dicho supuesto en cuanto modificación del derecho de propiedad.

La Dirección General parte del esquema propio de las declaraciones de obra nueva al referirse a los requisitos urbanísticos de la inscripción del cambio de uso. En este sentido, ha afirmado de forma reiterada[4] que la constatación registral del cambio de uso de un inmueble es equiparable a la modificación de la declaración de obra inscrita, como elemento definitorio del objeto del derecho; por tanto, su régimen de acceso registral se basará en cualquiera de las dos vías previstas por el artículo 28 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana del Estado de 2015, con independencia del uso urbanístico previsto en planeamiento y el uso efectivo que de hecho se dé a la edificación. También ha señalado en este sentido[5] que la inscripción del cambio de uso se verifica acreditando la concurrencia de los requisitos establecidos por la normativa urbanística o bien

acreditando por medio de certificado o documento hábil que han transcurrido los plazos para el ejercicio de las medidas de restablecimiento de la legalidad que impliquen su demolición de conformidad con lo previsto en la legislación del suelo, en la actualidad, concretamente en el apartado 4 del citado artículo 28 del Texto Refundido de la Ley de Suelo.

Siendo, por tanto, dos los supuestos formales de inscripción de la declaración de obra nueva (mediante la acreditación del cumplimiento de los requisitos de legalidad urbanística y mediante la acreditación de la prescripción de la infracción cometida), vamos a analizar en los apartados que siguen la inscripción del cambio de uso desde esa misma doble perspectiva.

B) La regla general de la acreditación de las autorizaciones urbanísticas necesarias para el cambio de uso

Es evidente que la aplicación al cambio de uso de las normas sobre constatación registral de la declaración de obra nueva o de su modificación no puede hacerse de forma acrítica e indiscriminada sino que, como toda aplicación analógica o, si se prefiere, integradora, ha de realizarse con las debidas adaptaciones a la realidad que ha de regularse, observando una especial prudencia dadas las diferencias existentes entre ambas figuras.

Para hacer una primera aproximación a estos contrastes, debe tenerse presente que la modificación del uso puede llevar consigo la realización de obras de acondicionamiento de la construcción al nuevo uso asignado, pero también es posible que tales obras no sean necesarias. Teniendo en cuenta ambas posibilidades, vamos a examinar separadamente el modo de realizar la adaptación de los requisitos de la inscripción de la declaración de obra nueva al supuesto concreto del cambio de uso.

a) En la declaración de obra nueva, el control administrativo en relación con el uso de lo construido se lleva a cabo desde una doble vía: con carácter previo, mediante la oportuna licencia de edificación y determinación de usos, y posteriormente, con la licencia de ocupación (u otro título habilitante) que tiene por objeto la verificación de que la edificación autorizada se ha llevado conforme a los usos previstos y aprobados, entre otros extremos.

Lógicamente, el cambio ulterior de uso de la obra inscrita requiere igualmente la acreditación de la obtención de la correspondiente licencia de ocupación, cédula de utilización o la autorización administrativa que, bajo la denominación que le dé la legislación autonómica aplicable, ampare el nuevo uso que se trata de implantar.

Tradicionalmente la licencia de primera ocupación no se encontraba entre los requisitos establecidos por la legislación del suelo estatal[6], lo que suscitó cierta discusión doctrinal en torno a la exigibilidad o no de dicho requisito, que fue dirimida por la Dirección General en sentido negativo[7]. Fue a partir de la reforma del artículo 20 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008 por el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, cuando se introdujo en la legislación del Estado la exigibilidad de esta licencia para la autorización e inscripción de la declaración de obra nueva, al referirse a la acreditación del «otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable»[8]. Este requisito se ha mantenido en el artículo 28 del vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2015.

Como señala la Resolución de 21 de enero de 2012, «es exigible la licencia de primera ocupación para inscribir en el Registro de la Propiedad las escrituras públicas de declaración de obras nuevas terminadas, siempre que la respectiva normativa autonómica establezca que está sujeto a licencia, aprobación, autorización o conformidad administrativa el acto jurídico de uso de la edificación». La denominación, las circunstancias concretas y el modo de cumplir este requisito varían de unas comunidades autónomas a otras. Así, en algunas legislaciones autonómicas no se exige la licencia de primera ocupación, sino que basta con una declaración responsable o una comunicación previa en determinadas circunstancias[9]; en otras se regulan separadamente la licencia de ocupación y la licencia de cambio de uso[10], y en otras se realiza una regulación unitaria de ambas licencias[11].

b) Evidentemente, en los casos en que el cambio de uso lleve aparejada la realización de obras de reforma para adaptación de la edificación al nuevo uso, será preciso acreditar, además, la obtención de la correspondiente licencia de obras salvo los casos en que, por la escasa entidad de las mismas no fuere exigible según la legislación urbanística aplicable.

En estos mismos supuestos en los que es exigible la licencia de obras será igualmente necesario para la inscripción del cambio de uso que acredite la expedición de la certificación de técnico competente declarativa del ajuste de las obras al proyecto aprobado.

En todo caso, debe tenerse presente que, según afirma la Resolución de 30 de noviembre de 2016, en los casos en que el cambio de uso va ligado a la realización de obras de acondicionamiento, la acreditación de la obtención de la licencia de obras de cambio de uso no exime del requisito relativo a la licencia de primera ocupación o su equivalente según la legislación autonómica que sea de aplicación.

c) En cuanto a los restantes requisitos de la declaración de obra nueva contemplados en el artículo 28.1 del vigente Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana del Estado de 2015, es decir, los relativos al seguro decenal, al libro del edificio y al certificado de eficiencia energética, con carácter general no serán exigibles para el cambio de uso, aunque lleve aparejada la realización de obras de reforma, ya que el cambio de uso no supone una alteración sustancial de los requisitos que ya se hubieran acreditado para inscribir la obra nueva, como ha destacado la Resolución de 30 de noviembre de 2016, antes citada.

C) La regla especial de la prescripción de la infracción cometida

El artículo 28 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana contempla la posibilidad de la inscripción de la declaración de obra nueva sin necesidad de licencia de edificación siempre que se acredite fehacientemente, por uno de los medios alternativos en él enumerados, que ya no cabe «adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes». Tales medios son: una certificación expedida por el Ayuntamiento, una certificación expedida por técnico competente, un acta notarial descriptiva de la finca y una certificación catastral descriptiva y gráfica de la misma, en las que conste la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título. Como hemos visto, esta regla especial resulta igualmente aplicable al cambio de uso, de tal forma que cabría su constatación registral como operación específica sin necesidad de licencia o autorización de primera ocupación si se

acredita por alguno de los medios aludidos que la edificación se ha destinado al uso cuya registración se pretende durante el lapso de tiempo necesario según la legislación urbanística aplicable.

En efecto, la Dirección General ha manifestado la aplicabilidad del artículo 28.4, no solo al supuesto de obras de edificación, o segregaciones[12], sino también a la constancia registral de la mera modificación del uso de la misma, al considerar que la existencia de usos en situación de fuera de ordenación o similar, según la normativa aplicable, no ofrece problema alguno. La Resolución de 12 de noviembre de 2016 señala al respecto que «en la medida que, como ha quedado expuesto, la constatación registral del cambio de uso de un inmueble es equiparable a la modificación de la declaración de obra inscrita, como elemento definitorio del objeto del derecho, por tanto, su régimen de acceso registral se basará en cualquiera de las dos vías previstas por el artículo 28 de la Ley estatal de Suelo, con independencia del uso urbanístico previsto en planeamiento y el uso efectivo que de hecho, se dé a la edificación. La aplicación del artículo 28.4, por otra parte, lejos de amparar situaciones contrarias a la legalidad urbanística, constituye un mecanismo que favorece su protección, pues practicada la inscripción, el Registrador ha de comunicar a la Administración su práctica, debiendo dejarse constancia en la nota de despacho y en la publicidad registral, en interés de eventuales terceros»[13].

La Resolución de 13 de noviembre de 2013, objeto de este comentario, justifica como sigue esta posibilidad: «si la inscripción de una obra nueva puede hacerse sin necesidad de aportar licencia en los supuestos previstos por la Ley, del mismo modo puede llevarse a cabo su modificación de concurrir las circunstancias legalmente exigibles. Si hemos concluido que el cambio de uso de la edificación es un acto de modificación de la obra nueva inscrita y que dicha situación reconduce a los requisitos para la inscripción de obras nuevas, es forzoso admitir que es posible practicar la inscripción sin licencia en los supuestos en que la Ley así lo permite y que vienen contemplados en el artículo 20.4 de la Ley de Suelo[14]», añadiendo que no es óbice a lo anterior el artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, «por cuanto es indudable que la inscripción en base a certificado de técnico competente es predicable no solo de la obra nueva sino también de su modificación (*vid.,* Resolución de 6 de abril de 2009). No puede en definitiva afirmarse que el técnico competente solo puede certificar a los efectos de inscribir una obra nueva y no a los efectos de inscribir una modificación de la misma como resulta sobradamente de los razonamientos expuestos». Lo mismo cabe afirmar respecto de los restantes medios de acreditación de la fecha de terminación de la obra antes citados.

Por su parte, la Resolución de 13 de mayo de 2016 contempla un supuesto en que se presenta una escritura pública de cambio de uso de local de una finca registral que según el Registro constituye un local comercial, con el fin de hacer constar el cambio de uso de local a vivienda. Al título se incorpora, entre otros documentos, una certificación catastral descriptiva y gráfica en la que todavía figura el uso comercial de la finca y una resolución municipal que declara la prescripción de la infracción consistente en la adecuación de la misma para el uso de vivienda, denegando la legalización de la vivienda y declarándola en situación de volumen y uso disconforme. El Registrador suspende la inscripción al considerar necesaria la aportación de la licencia urbanística para la realización de las obras consistentes en la modificación del uso. Ante esa situación, la Dirección General afirma que «resulta claro entonces, a tenor del contenido de la resolución administrativa incorporada a la escritura, la procedencia de apli-

car el régimen registral del artículo 28.4 de la Ley estatal de Suelo, a los actos contenidos en la escritura calificada, esto es, cambio de uso de local y división en dos viviendas de una finca registral, debiendo procederse a la inscripción con constancia de la situación urbanística declarada en la resolución administrativa, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 28.4.b) del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana», según el cual «los Registradores de la Propiedad darán cuenta al Ayuntamiento respectivo de las inscripciones realizadas en los supuestos comprendidos en los números anteriores, y harán constar en la inscripción, en la nota de despacho, y en la publicidad formal que expidan, la práctica de dicha notificación».

4. Requisitos civiles: el cambio de uso en el régimen de propiedad horizontal

Cuando el cambio de uso afecta a uno de los elementos privativos de un edificio dividido horizontalmente, como sucede en el supuesto contemplado por la Resolución objeto de este comentario, es preciso, además del cumplimiento de los requisitos urbanísticos expuestos, el de los de orden civil derivados de la especial estructura de este régimen.

Como vimos al principio, la citada Resolución se hace eco de la regla general forjada jurisprudencialmente consistente en la libertad de destino de los elementos privativos de la propiedad horizontal. No obstante, esa libertad no es absoluta, sino que se encuentra limitada por la necesidad de que el cambio de uso no afecte al título constitutivo de la propiedad horizontal ni resulte excluida o prohibida por el mismo o por los estatutos de la comunidad.

De lo anterior se deduce, en primer lugar, que si el cambio de uso de un elemento privativo afectara al título constitutivo, sería necesaria la modificación de este, lo que está sujeto al requisito de la unanimidad, tradicional en la regulación de la propiedad horizontal aunque en la actualidad se encuentra atemperado por las reglas del artículo 17 de su Ley reguladora[15]. Así sucedería, por ejemplo, si el cambio de uso conllevara la realización de obras que afectaran a elementos comunes del edificio, por aplicación del artículo 5, párrafo primero, de la Ley de Propiedad Horizontal.

Por otro lado, el título constitutivo, al describir los diferentes elementos privativos como establece el mismo párrafo primero del artículo 5 citado, puede determinar uno o varios usos alternativos, habiendo reiterado tanto el Tribunal Supremo como la Dirección General que la mera descripción del uso atribuido a un elemento privativo no constituye por sí restricción de uso alguna, sino que dicha restricción solo existirá en el caso de haberse establecido de modo expreso y preciso en los estatutos[16]. En todo caso, tal limitación, en cuanto norma excepcional, ha de ser interpretada de forma restrictiva.

Puede suceder, como hemos adelantado, que los estatutos establezcan una enumeración de usos posibles para determinado elemento privativo. La Dirección General ha considerado en alguna ocasión que la enumeración de algunos usos excluye los demás; en este sentido cabe citar la Resolución de 15 de julio de 2013, que afirma: «la determinación de que (cierto elemento privativo) podrá destinarse a local de negocio o despacho delimita su uso excluyendo otros posibles como sería el de vivienda». Sin embargo, esta solución parece colisionar con el carácter restrictivo que debe presidir la interpretación de las excepciones al principio de libertad de destino, antes aludido. Por eso, consideramos más

acertado el criterio contrario seguido por la Resolución de 19 de julio de 2016, cuyo razonamiento, por su claridad, reproducimos a continuación: « 3. Como ha recordado el Tribunal Supremo (vid. Sentencias citadas en «Vistos» de la presente Resolución) el principio de libertad de uso de los elementos privativos solo encuentra restricción en aquellos supuestos en que así resulte de una norma estatutaria, restricciones que cuando consten en la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad será eficaces también frente a terceros.

Por tanto, si los estatutos prevén una limitación en los usos permitidos y dicha limitación, debidamente expresada, consta inscrita en el régimen de propiedad horizontal, el Registrador deberá rechazar la inscripción de un cambio de uso que sea incompatible con su contenido y sin la oportuna modificación llevada a cabo por la junta de propietarios.

En el presente caso, sin embargo, de la dicción de los estatutos no resulta una limitación de este tipo claramente expresada, salvo en lo que se refiere a «salas de fiestas, clubs nocturnos, venta de artículos de pirotecnia y otros análogos», ya que se limita a expresar la posibilidad de su utilización para actividades mercantiles, oficinas, establecimientos comerciales, artesanía y otros similares, lo que no supone la exclusión de otros usos como es en este caso el de vivienda, pero sin que especifique con claridad cuáles puedan ser las razones o justificación para mantener un uso exclusivamente comercial de los locales.

Se trata, pues de una cuestión de interpretación de la norma estatutaria que en cuanto limita un derecho constitucionalmente reconocido, el derecho a la propiedad privada, debe valorarse de un modo restrictivo.

Así lo ha hecho nuestra jurisprudencia admitiendo el derecho del propietario al cambio de destino del piso (de comercial a residencial), cuando dicho cambio no aparece expresamente limitado por el régimen de propiedad horizontal, su título constitutivo o su regulación estatutaria. No estando expresamente limitado el cambio de uso no cabe entender que ello implique una actuación en contra de lo establecido en el título, lo que solo podría llevarse a cabo modificándolo por acuerdo de la junta de propietarios.

A ello contribuye, sin duda, la mayor flexibilidad de la idea de modificación del título constitutivo y sus consecuencias que se desprende de la reforma de la Ley sobre Propiedad Horizontal por obra de la Ley 8/2013, de 26 de junio».

La anteriormente descrita es la posición de la jurisprudencia y de la doctrina de la Dirección General en esta cuestión, si bien encontramos alguna Resolución que parece apartarse de ella, como es la de 25 de septiembre de 1991, aunque por su carácter aislado frente a las numerosísimas Resoluciones que se ajustan a la opinión general expuesta, entendemos que no debe concedérsele excesiva relevancia[17].

NOTAS

[1] Véanse, por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2003 y 21 de julio de 2001. Todo lo anterior se entiende en términos generales, y sin perjuicio de las especialidades de cada comunidad autónoma, tanto respecto de la propia denominación de esta licencia como de su contenido, circunstancias que varían de unas a otras.

[2] En este sentido, afirma su preámbulo de este Real Decreto-ley que «Se permite el acceso al Registro de la Propiedad de los edificios fuera de ordenación, esto es, aquellos respecto de los cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción

correspondientes. De esta manera, se consigue la protección de sus propietarios, en muchos casos terceros adquirentes de buena fe, sin que ello signifique desconocer su carácter de fuera de ordenación y las limitaciones que ello implica». En todo caso, esta equiparación fue efímera, ya que desapareció dos años más tarde, con la nueva modificación de la Ley del Suelo realizada por la de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas de 2013.

[3] Por ejemplo, en la Resolución de 12 de septiembre de 2016, haciéndose eco de la de 13 de noviembre de 2013, sobre la que versa este comentario.

[4] Por ejemplo, en las Resoluciones de 13 de noviembre de 2013 y 21 de abril de 2014.

[5] Resolución de 12 de septiembre de 2016.

[6] Aunque sí en algunas legislaciones autonómicas, como Andalucía (art. 27.1 del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina andaluz).

[7] Resoluciones de 9 de diciembre de 2008, 12 de enero de 2009 y 9 de enero de 2010.

[8] Aunque el precepto no habla expresamente de la licencia de primera ocupación, sí lo hace el preámbulo del Real Decreto-Ley 8/2011, cuando señala que «se precisan los requisitos de acceso al Registro de la Propiedad de las obras nuevas terminadas, impidiendo que puedan ser objeto de inscripción registral aquellas que (…) no posean la licencia de primera ocupación».

[9] Es el caso, por ejemplo, del artículo 187 bis del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña.

[10] Artículos 151 y siguientes de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid.

[11] Artículo 228 del Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo del Principado de Asturias, que exige autorización administrativa para llevar a cabo «la primera utilización de los edificios y la modificación del uso de los mismos», con lo que parecen equipararse según interpreta la Resolución de 30 de noviembre de 2016.

[12] Resolución de 17 de octubre de 2014.

[13] En el mismo sentido cabe citar las Resoluciones de 6 de mayo de 2013, 13 de noviembre de 2013 y 13 de mayo de 2016, entre otras.

[14] Hoy, artículo 28.4 del Texto Refundido de 2015.

[15] Es el caso contemplado, por la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 4964/2013, de 9 de octubre, con cita de otras muchas.

[16] Resoluciones de 20 de febrero de 1989, 23 de marzo de 1998, 15 de julio de 2013, 13 de noviembre de 2013, 21 de abril de 2014, 12 de noviembre de 2014, 13 de mayo de 2016 y 19 de julio de 2016.

[17] La citada Resolución de 25 de septiembre de 1991, en un caso en que se pretende cambiar el uso a vivienda de un elemento privativo destinado inicialmente a trastero, afirmó que «la alteración de su destino supone un cambio importante en la medida en que afecta a todos los copropietarios del inmueble y requerirá la aprobación de la junta de condueños al suponer una modificación del título constitutivo (art. 5 de la Ley de Propiedad Horizontal».

4. DERECHO BANCARIO

Inaplicación de la doctrina de los actos propios en supuestos de vicio en el consentimiento recaído sobre productos bancarios o de inversión establecido en las SSTS de 17 de diciembre de 2015, de 3 de febrero de 2016, de 16 de marzo de 2016, así como en el resto de jurisprudencia dictada en la materia

Refusal to apply the estoppel principle in cases of mistake in the formation of a banking or investment contract established in the judgments of the Supreme Court rendered on December 17th 2015, February 3rd 2016, March 16th 2016, as well as other case law rendered on this matter

por

HÉCTOR DANIEL MARÍN NARROS
Doctor en Derecho
Abogado colegiado en Madrid y en Nueva York
LLM por la University of California Berkeley

RESUMEN: La doctrina de los actos propios o confirmación tácita es frecuentemente alegada por las entidades financieras en pleitos en los que se ejercitan por clientes acciones de pretendidos vicios en el consentimiento.

La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia menor ha entendido que generalmente no se puede aplicar el referido principio general del Derecho debido a la falta de conocimiento del error por un lado, y a la ausencia de actos inequívocos confirmatorios por otro. Sin embargo, se han dictado algunas Sentencias por las Audiencias Provinciales que sí estimaban que procedía la aplicación de la señalada doctrina en algunos supuestos, como cuando se habían producido liquidaciones negativas del producto durante varios años, no se habían formulado quejas por parte del actor durante un periodo dilatado en el tiempo o cuando se había contratado sucesivamente el mismo producto. Estos hechos no eran considerados como suficientes por la jurisprudencia menor y doctrina mayoritarias como para considerar confirmado el consentimiento supuestamente viciado.

Este debate parece superarse mediante la reciente jurisprudencia estudiada en este trabajo que sostiene que la celebración de contratos sucesivos similares, las advertencias genéricas sobre el riesgo de la operación o incluso haber recibido liquidaciones negativas no permite la aplicación de la doctrina de los actos propios.

ABSTRACT: Banks frequently allege the estoppel principle or the implied acknowledgement in disputes in which clients file actions of mistake in the formation of the contract.

The majority of the scholars and the case law from Provincial Courts generally affirms that the said principle cannot be applied since on the one hand clients are not aware of the supposed mistake, and on the other hand, there are not undoubtful acts that confirm the contract. But some judgments rendered by Provincial Courts have considered that this principle should be applied under certain circumstances such as having suffered negative results for some time, not having claimed against the contract or having acquired the same product several times. These facts were not deemed sufficient by the majority of the scholars and the case law from Provincial Courts to apply the said principle.

This debate seems to be overcome by the recent case law from the Spanish Supreme Court studied in this article, which affirms that entering into similar contracts, written warnings about a generic risk of the investment product or even suffering negative results for a while do not support the application of the estoppel principle.

PALABRAS CLAVE: Actos propios. Confirmación tácita. Producto de inversión. Contrato bancario. Consumidores. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

KEY WORDS: Estoppel principle. Implied acknowledgement. Investment product. Banking contracts. Consumers. Spanish Supreme Court case law.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PRINCIPAL JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO RESPECTO A LOS ACTOS PROPIOS EN SUPUESTOS DE VICIO EN EL CONSENTIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN DE PRODUCTOS BANCARIOS O DE INVERSIÓN: 1. STS DE 17 DE DICIEMBRE DE 2015: *A) Antecedentes. B) Doctrina relevante sobre la confirmación tácita.* 2. STS DE 3 DE FEBRERO DE 2016: *A) Cuestiones fácticas y procesales previas. B) Pronunciamientos de especial interés.* 3. STS DE 16 DE MARZO DE 2016: *A) Aspectos procesales y fácticos de importancia. B) Postulados de interés de la Sentencia sobre los actos propios.*—III. PRONUNCIAMIENTOS POSTERIORES DE LOS TRIBUNALES.—IV. CONCLUSIONES. —V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. JURISPRUDENCIA CONSULTADA.

I. INTRODUCCIÓN

La existencia y vigencia de la doctrina de los actos propios resulta incontrovertida al estar clara y reiteradamente aceptada por el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones, como las SSTS de 21 de mayo de 2001, de 25 de enero de 2002 y de 7 de junio de 2010. Habitualmente también se designa a esta figura jurídica utilizando los siguientes brocardos latinos *nemine licet adversus sua facta venire*[1] o *contra factum venire non valem*[2].

Este principio general del Derecho[3] tiene su fundamento en la buena fe y en la protección de la confianza que la conducta produce[4].

Aunque a lo largo de este artículo se utilice indistintamente la referencia a la confirmación tácita o a los actos propios, parece que la denominación más correcta en el caso de los vicios del consentimiento es la de la confirmación tá-

cita, por aparentemente constituir la aplicación concreta de la doctrina general de los actos propios dentro del ámbito contractual[5].

A estos efectos conviene recordar que la confirmación tácita está regulada en los preceptos 1309 y siguientes del Código Civil[6]. En este mismo sentido, también se debe de precisar que tanto la confirmación tácita como los actos propios (que se emplean como términos equivalentes a estos efectos por la identidad con que son alegados frecuentemente en esta clase de litigios[7], así como por la coincidencia en cuanto a sus consecuencias jurídicas[8]) requieren que concurra un conocimiento de la causa de nulidad[9], que tal causa haya cesado, que quien actúe esté legitimado[10] y que dicho comportamiento consista en un acto que suponga sin equívocos dar cumplimiento al contrato[11]. Más concretamente a este respecto la jurisprudencia ha exigido que el correspondiente acto se realice con el fin de crear, modificar, obrar o extinguir algún derecho, causando estado y definiendo unilateralmente la situación jurídica del mismo[12]. Además los tribunales han requerido que los actos sean concluyentes y definitivos[13], resultando solemnes, precisos, claros, determinantes y perfectamente determinados, sin que sean ambiguos ni inconcretos[14].

Aunque la doctrina no suele abordar el estudio de la confirmación tácita en relación con los contratos bancarios[15], lo cierto es que esta institución es usualmente alegada por los bancos en pleitos en los que se ejercitan acciones de vicio en el consentimiento a la hora de contratar un producto financiero o de inversión[16].

En algunos pleitos parece que dichos requisitos se cumplen, ya que ha habido años de ejecución de los contratos con liquidaciones positivas y negativas, (a veces por importes relevantes en ambos sentidos), se han cancelado y suscrito nuevos productos iguales o similares e incluso, en algunos casos, hasta se han cobrado o abonado costes de cancelación. Estos hechos habían sido tenidos en cuenta por algunas sentencias de la jurisprudencia menor para estimar que procede la confirmación del correspondiente contrato, como las SSAP de Ávila, Sec. 1.ª, de 27 de enero de 2011, de Madrid, Sec. 10.ª, de 27 de marzo de 2012 y de 3 de julio de 2012 y de Alicante, Sec. 3.ª, de 20 de marzo de 2013. En concreto, la SAP de Pontevedra, Sec. 6.ª, de 11 de junio de 2012 señala[17]:

«*Aplicando la doctrina anterior (doctrina de los actos propios) al caso, resulta que la parte actora suscribió el primer contrato de permuta financiera de tipo de interés (…) después y sin otro antecedente que el funcionamiento y liquidaciones del anterior swap se contrató uno nuevo que sustituía al anterior el día 4 de abril de 2008, y sin formular ninguna objeción en todo este tiempo, finalmente se decide la cancelación el día 3 de agosto de 2008.*

De esta forma durante todo este periodo se cumplieron los derechos y cumpliendo las obligaciones que dimanaban del negocio, renovando el consentimiento una segunda vez. Si bien se alega durante el primer contrato no hubo liquidaciones negativas, la existencia de las positivas indicaba que no había tal seguro y que fue a raíz de la subida de tipos, lo que conllevaría liquidaciones negativas futuras, cuando se acuerde celebrar un nuevo contrato con unos límites, por lo que difícilmente puede sostenerse un desconocimiento de lo pactado».

De forma relativamente similar se había pronunciado parte de la doctrina especializada[18], que comentó en relación con las permutas financieras:

«*Posiblemente habrá que estar a otros factores, además del expuesto, como, por ejemplo, si durante ese tiempo las liquidaciones del* swap *eran positivas o negativas, y otras varias. Sin embargo, parece claro que este podría ser un supuesto*

de confirmación o «purificación» del negocio viciado, toda vez que puesta de manifiesto la verdadera naturaleza de la obligación, el cliente bancario contratante de esta decide —al no quejarse— continuar ejercitando los derechos que dimanan del negocio, así como cumplir con sus obligaciones.

Otro posible supuesto de confirmación del contrato anulable puede residir en la resolución del mismo por parte del posterior demandante, con arreglo a las propias cláusulas del negocio jurídico. Esta aplicación, en definitiva, sumisión consciente a un contrato viciado, implica la enmienda del mismo.

Otras causas inequívocas de confirmación pueden ser la suscripción de un instrumento financiero por un menor de edad que no muestra su disconformidad asumida la mayoría de edad, o de aquel otro cliente de una entidad financiera que, transcurrido un tiempo desde la firma del derivado acuerda una novación del mismo con la entidad».

No obstante, el posicionamiento mayoritario de las Audiencias Provinciales ha sido contrario a la aplicación de la doctrina de los actos propios como evidencian las SSAP de Asturias, Sec. 5.ª, de 23 de julio de 2010, de Álava, Sec. 1.ª, de 14 de abril de 2011, de Castellón, Sec. 3.ª, de 26 de octubre de 2012 y de Pontevedra, Sec. 1.ª, de 4 de abril de 2013, entre otras[19]. Esa misma línea parecía anticipar el Tribunal Supremo en algunos de sus pronunciamientos, como la STS de 18 de abril de 2013, en la que rechaza que el conservar las participaciones preferentes de otra entidad distinta de la demandada durante un cierto tiempo implique la exoneración de responsabilidad del banco comercializador del producto[20]. De manera también clarividente la STS de 12 de enero de 2015 declaraba que «*la falta de queja sobre la suficiencia de la información es irrelevante desde el momento en que, además de ser anterior al conocimiento de la causa que basaba la petición de anulación, era la empresa de servicios de inversión la que tenía la obligación legal de suministrar determinada información al inversor no profesional, de modo que este no tenía por qué saber que la información que se le dio era insuficiente o inadecuada, y de ahí que se haya apreciado la existencia de error*» y que «*la petición de rescate no es significativa de la voluntad de la demandante de extinguir su derecho a impugnar el contrato, solicitando su nulidad y la restitución de lo que entregó a la otra parte, puesto que es compatible con la pretensión de obtener la restitución de la cantidad entregada. La renuncia a un derecho, como es el de impugnar el contrato por error en el consentimiento, no puede deducirse de actos que no sean concluyentes, y no lo es la petición de restitución de la cantidad invertida respecto a la renuncia a la acción de anulación del contrato*»[21].

Dentro de la argumentación esgrimida para sustentar el referido rechazo a la aplicación de la mencionada doctrina se encuentra el considerar que las «*reestructuraciones*» u «*optimizaciones*» en el caso de las permutas financieras constituyen un único contrato por diversas razones (aunque aparentemente tienen diferentes objetos y consentimientos), como que en el negocio jurídico no ha cesado la causa de nulidad[22] o que se realizaron bajo la condición de no cargarse el coste de cancelación[23]; que es lógico que la reacción se produzca cuando se manifiestan los efectos negativos de los contratos[24] (a pesar de que en algunas ocasiones tal reacción en forma de queja acreditada o demanda se produce años más tarde); que son irrelevantes las liquidaciones positivas recibidas por ser de escasa cuantía[25] o por estimar que el actor no ha tenido posibilidad real durante la vigencia del producto de percatarse del funcionamiento del mismo[26]. A este respecto la SAP de Asturias, Sec. 4.ª, de 30 de mayo de 2011 ilustrativamente comenta en un caso de *swaps*[27]:

«*El hecho de que la demandante no mostrara disconformidad cuando la liquidación le resulta favorable no es razón suficiente para desvirtuar el error sufrido ni operar efecto convalidatorio del contrato, pues aún no se percata de su mecánica operativa, cuyo verdadero alcance solo llega a comprender cuando el saldo es negativo, observando la clara desproporción existente entre uno y otro supuesto, más aun si se tiene en cuenta que solo en ese momento conoce el elevado coste que le supone una cancelación anticipada de ese producto, y que hasta entonces ignora al no haber sido informado con un mínimo de precisión*».

De manera parecida se ha pronunciado un sector de la doctrina especializada[28], comentando sobre permutas financieras:

«*Y sin embargo, esto no es así y son numerosas las Sentencias que resaltan que, este hecho, el efectuar reclamaciones cuando el resultado de las liquidaciones es negativo, lo único que prueba es, precisamente, el desconocimiento de la parte sobre lo que en realidad había contratado, ya que hasta que los intereses bajan y las pérdidas comienzan, no se dan cuenta de la verdadera transcendencia de lo contratado, no alcanzan a percibir el verdadero significado de lo realmente acaecido puesto que hasta entonces se ha mostrado como lo que aparentemente era: una protección frente a las subidas de los tipos de interés. Si los clientes han estado percibiendo cantidades en las liquidaciones es porque los tipos de interés se habían incrementado, y la devolución de los referidos importes no supondría sino el cumplimiento del contrato para el fin al que había sido firmado; de ahí el desconocimiento de lo realmente firmado y contratado sea evidente y se manifieste con meridiana claridad a partir del momento en el que el cliente comienza a percibir liquidaciones negativas, máxime si se tiene en cuenta la tremenda desproporción existente entre las cuantías de las liquidaciones positivas y la de las liquidaciones negativas*».

Consecuentemente el objeto de la discusión no era tanto el Derecho aplicable, sino la interpretación de los hechos que podrían constituir el supuesto de hecho de la aplicación de la doctrina de los actos propios. Y sobre esa materia precisamente se centran las tres Sentencias analizadas en este trabajo.

II. PRINCIPAL JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO RESPECTO A LOS ACTOS PROPIOS EN SUPUESTOS DE VICIO EN EL CONSENTIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN DE PRODUCTOS BANCARIOS O DE INVERSIÓN

Sin perjuicio de otros pronunciamientos que puedan resultar de interés en la materia como la STS de 1 de febrero de 2016, a continuación se estudian con detalle tres de las resoluciones que han abordado con más profundidad y detenimiento la posibilidad de que se produzca una confirmación tácita con los hechos que más habitualmente se alegan en esta clase de litigios.

1. STS de 17 de diciembre de 2015

Esta resolución es una de las primeras que asienta con rotundidad una jurisprudencia que prácticamente veda la aplicación de los actos propios a cualquier

supuesto. Y es que en este caso concurren los hechos más controvertidos para su aplicación: beneficio de liquidaciones positivas, perjuicio de liquidaciones negativas, suscripción de varios productos similares a lo largo del tiempo y cancelación de común acuerdo de varios de ellos.

A) Antecedentes

Este pleito se inició por una mercantil mediante la presentación de una demanda en abril de 2011 por la que se solicitaba la nulidad de una permuta financiera de tipos de interés por la concurrencia de un vicio en el consentimiento y que se condenara al banco a la devolución de 38.660,90 euros[29].

Tras la contestación a la demanda de la entidad financiera y demás trámites procesales, se dictó la Sentencia de primera instancia por la que se estimó la demanda al considerar que hubo error en el consentimiento, dado que no constaba que se ofreciera información previa al cliente, ni que se advirtiera debidamente del riesgo de la operación o del coste de cancelación[30].

El recurso de apelación interpuesto por el banco fue desestimado por la Audiencia Provincial porque, entre otras razones, la información suministrada al cliente no fue suficiente, no constaba la realización de los tests MIFID ni la entrega de un folleto explicativo[31].

La entidad financiera interpuso recurso por infracción procesal por supuestamente realizarse una valoración de la prueba manifiestamente ilógica o arbitraria[32], así como recurso de casación por tres motivos diferentes. Uno de ellos era la infracción de los artículos de la confirmación tácita[33].

Dentro de los hechos relevantes declarados probados se encuentran la conclusión a finales del año 2003 de un *swap* de tipo de interés entre una entidad financiera y una pequeña empresa dedicada al transporte terrestre de mercancías con un nocional de 600.000 euros. Tal cantidad coincidía con el importe de un préstamo hipotecario que la actora tenía concertado con el mismo banco. La permuta financiera se contrató mediando el ofrecimiento de la entidad financiera. Posteriormente, el 8 de febrero de 2005, se formalizó un segundo contrato de *swap*, con vencimiento el 11 de febrero de 2008. No obstante, en el año 2006, al recibir el demandante un importante adeudo, se sustituyó este contrato, por otro con vigencia desde el 31 de enero de 2007 hasta el 1 de febrero de 2012. Este último contrato generó al actor una serie de liquidaciones negativas, por importe total de 38.660,90 euros[34].

B) Doctrina relevante sobre la confirmación tácita

La Sentencia comienza declarando que «*como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria*»[35]. Es decir, de forma general se desecha la aplicación de la confirmación tácita para los supuestos más controvertidos que habían originado el debate previamente expuesto[36].

En cuanto al conocimiento que se requiere para subsanar el pretendido error en estos casos, se aclara, estableciendo un criterio particularmente elevado, que se precisa «*el conocimiento íntegro del riesgo asumido*»[37], adquiriéndose este «*cuando las liquidaciones devienen negativas y se informa del concreto importe de la cancelación del contrato*»[38]. A este respecto también se matiza que «*por el hecho de recibir unas liquidaciones positivas por parte de la entidad financiera en la cuenta corriente del cliente, o por cancelar anticipadamente el producto ante el riesgo cierto de que tal situación se vaya agravando y suponga un importante quebranto económico, no se está realizando voluntariamente ningún acto volitivo que suponga indudable o inequívocamente la decisión de renunciar al ejercicio de la acción de nulidad, toda vez que para poder tener voluntad de renunciar a la acción de nulidad derivada de error consensual, es preciso tener conocimiento claro y preciso del alcance de dicho error, lo cual no se ha producido en el momento de recibir las liquidaciones positivas, pues el cliente piensa que el contrato por el que se garantizaba que no le subirían los tipos de interés, está desplegando sus efectos reales y esperados, y por lo tanto no es consciente del error padecido en ese momento*»[39].

En cuanto a la conclusión previa de otras dos permutas financieras que fueron canceladas y la falta de queja por la mercantil actora la Sentencia declara que el hecho de que «*el cliente no formulara reclamación hasta que recibió las liquidaciones negativas resulta lógico, al ser entonces cuando pudo percibir su error, máxime si la celebración del contrato en cuestión vino dada por la inconveniencia del vencimiento anticipado del anterior, dado su elevado coste y la falta de constancia de una clara explicación sobre sus bases, que se planteó ante la alarma creada por una primera liquidación negativa. Y como hemos recordado en la misma Sentencia últimamente citada, habiéndose ejercitado la acción de anulación del tercer contrato de* swap *celebrado entre las partes, la celebración de dos contratos anteriores no puede constituir una confirmación tácita del tercer contrato, por cuanto que tales contratos son anteriores en el tiempo. La confirmación de un negocio anulable puede producirse por hechos posteriores a su celebración, pero no por hechos anteriores*»[40]. Consecuentemente, aplicando un criterio de situación en el tiempo, se descarta, como parece lógico y acertado, que la contratación previa pueda servir para confirmar la adquisición de un producto similar posterior. Cuestión distinta es que tal hecho no sea relevante para valorar la inexcusabilidad del supuesto error[41]. Aunque esta Sentencia no alude a este hecho a la hora de analizar y declarar la excusabilidad del error[42]. Lo cual es coherente con el posicionamiento mayoritario, que no descarta la aplicación del error por el mencionado hecho[43].

Por lo expuesto la resolución entiende que no concurre el requisito del conocimiento y cese de la causa de nulidad que exige el precepto 1311 del Código Civil porque, conforme a la narración de los hechos fijada en la instancia, la demandante fue consciente del error cuando comenzaron las liquidaciones negativas por cantidades muy importantes, por lo que no hubo confirmación ya fuera expresa o tácita del negocio [44].

Finalmente la Sentencia rechaza que haya una confirmación por el hecho de que en el contrato se contuviera una mención predispuesta en la que se advertía genéricamente del posible riesgo de la operación. Nuevamente la razón es que no se trata de un hecho posterior realizado cuando el vicio de la voluntad ha desaparecido y con conocimiento de este[45].

Consecuentemente, la resolución analizada, atendiendo a la necesidad del conocimiento (que requiere que sea integro), a la ubicación temporal de los hechos y a la interpretación de la posible voluntad de los actos de la actora, siguiendo el criterio de la jurisprudencia menor anterior, descarta que pueda considerarse que

hay una confirmación tácita en la práctica totalidad de supuestos: recibimiento de beneficios, padecimiento de liquidaciones negativas, ausencia de quejas durante años, suscripción reiterada y dilatada en el tiempo del mismo producto e incluso cancelación voluntaria del mismo.

2. STS de 3 de febrero de 2016

Este pronunciamiento supone el afianzamiento de la doctrina previamente comentada, así como su profundización en el caso de sucesivas renovaciones del mismo contrato. En este caso se celebraron 7 permutas financieras de manera dilatada en el tiempo.

A) Cuestiones fácticas y procesales previas

El 12 de mayo de 2011 una mercantil presentó demanda solicitando la nulidad por la concurrencia de vicio en el consentimiento de un contrato marco de operaciones financieras formalizado el 19 de noviembre de 2004, así como de 7 permutas financieras de tipos de interés y ligadas a inflación suscritas entre los años 2004 a 2008. Además se instaba la condena a la restitución de las prestaciones[46].

Tras la correspondiente contestación a la demanda y demás trámites procesales, se dictó sentencia estimatoria basada, entre otros argumentos, en que no constaba que el administrador de la sociedad tuviera experiencia en productos financieros, la actora era una pequeña empresa familiar dedicada a la logística, no quedaron acreditadas las explicaciones ni la información suministrada por el banco[47].

El recurso presentado por la entidad financiera fue desestimado por la Audiencia Provincial, que confirmó las conclusiones probatorias y jurídicas de la primera instancia. A efectos de la confirmación tácita la sentencia de la Audiencia Provincial declaró que no medió un largo periodo de tiempo que permitiera la aplicación de la doctrina de los actos propios, así como que la suscripción de contratos posteriores no supuso la confirmación de los anteriores porque para ello debería haber existido conocimiento del error en que se había incurrido previamente y haber manifestado inequívocamente el demandante su voluntad consciente de validar el contrato[48].

Frente a esta resolución el banco presentó recurso por infracción procesal con base en una pretendida valoración ilógica o arbitraria de la prueba[49], así como recurso de casación alegando tres motivos, dentro de los cuales se encontraba la infracción de los artículos del Código Civil referentes a la confirmación tácita[50].

B) Pronunciamientos de especial interés

La resolución comienza reafirmando la ya declarada regla general[51] de que «*ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos*

inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria»[52].

Esta Sentencia vuelve a resaltar que el conocimiento que se requiere para subsanar es el entendimiento íntegro del riesgo asumido y que este se adquiere cuando las liquidaciones devienen negativas y se informa del concreto importe de la cancelación de los contratos[53]. Como ya se declaró en la STS de 17 de diciembre de 2015, se sostiene que «*por el hecho de recibir unas liquidaciones positivas por parte de la entidad financiera en la cuenta corriente del cliente, o por cancelar anticipadamente el producto ante el riesgo cierto de que tal situación se vaya agravando y suponga un importante quebranto económico, no se está realizando voluntariamente ningún acto volitivo que suponga indudable o inequívocamente la decisión de renunciar al ejercicio de la acción de nulidad, toda vez que para poder tener voluntad de renunciar a la acción de nulidad derivada de error consensual, es preciso tener conocimiento claro y preciso del alcance de dicho error, lo cual no se ha producido en el momento de recibir las liquidaciones positivas, pues el cliente piensa que el contrato por el que se garantizaba que no le subirían los tipos de interés, está desplegando sus efectos reales y esperados, y por lo tanto no es consciente del error padecido en ese momento*»[54].

Se reitera que una actitud pasiva tras el conocimiento posterior del negocio jurídico no permite aplicar la doctrina de los actos propios[55].

A la hora de abordar el hecho declarado probado de que se firmaron hasta siete contratos de *swap* distanciados en el tiempo, como ya comentara la STS de 17 de diciembre de 2015, declara que el hecho de «*que los clientes no formularan reclamación hasta que recibieron las liquidaciones negativas resulta lógico, al ser entonces cuando pudieron percibir su error, máxime si el encadenamiento de contratos venía dado por la inconveniencia del vencimiento anticipado de los anteriores, habida cuenta su elevado coste y la falta de constancia de una clara explicación sobre sus bases, que se planteó ante la alarma creada por las primeras liquidaciones negativas*»[56]. Más particularmente, sobre la sucesión de tantos contratos señala que «*la celebración de contratos anteriores no puede constituir una confirmación tácita de otros posteriores, por cuanto que tales contratos son anteriores en el tiempo*»[57]. No obstante, en este caso, a diferencia del supuesto de hecho de la STS de 17 de diciembre de 2015[58], se solicitaba la nulidad de las 7 permutas financieras que se habían suscrito a lo largo de los años. Por ello, puede entenderse que los últimos *swaps* sí pueden ser confirmación de los primeros, ya que sí son posteriores. Esta es la razón por la que cabe plantearse el grado de acierto, al menos del razonamiento dado, para rechazar la aplicación de los actos propios respecto a los 7 contratos. Máxime si se habían producido liquidaciones negativas o se habían asumido costes de cancelación durante esos años.

Como ya ocurriera en la STS de 17 de diciembre de 2015 se declara que los actores fueron conscientes del error cuando comenzaron las liquidaciones negativas por cantidades muy importantes, lo que impedía la confirmación del negocio[59].

Por último, la Sentencia también descarta que una mención predispuesta en la que se advierte genéricamente del posible riesgo de la operación pueda constituir una confirmación tácita[60].

Consecuentemente, esta resolución sigue y aplica enteramente la doctrina contenida en la STS de 17 de diciembre de 2015, aunque podría resultar discutible que los hechos permitan aplicar los mismos razonamientos de la referida Sentencia.

3. STS de 16 de marzo de 2016

Este pronunciamiento judicial resulta de interés por confirmar y aplicar la jurisprudencia contraria a la confirmación tácita en un supuesto de cancelación que tiene una serie de peculiaridades, como la intervención del abogado del cliente bancario, que podrían originar alguna duda sobre la aplicación de la doctrina de los actos propios.

A) Aspectos procesales y fácticos de importancia

En este caso la demanda se interponía el 24 de septiembre de 2010 por dos personas físicas que contrataron un *swap* de tipos de interés el 1 de abril de 2008. Se solicitaba que se declarara su nulidad, se reintegrara a los actores la cantidad de 10.562,50 euros y se condenara en costas a la entidad financiera demandada[61].

Tras la correspondiente oposición del banco se dictó Sentencia en primera instancia que estimó íntegramente la demanda, declarando que se vulneró el deber de información por parte de la entidad financiera, lo que provocó un error en los actores consistente en la creencia de que estaban concertando un contrato de seguro que les cubría el riesgo ante las subidas de los tipos interés[62].

El banco recurrió en apelación centrando la Audiencia Provincial la resolución en dos cuestiones: determinar si los demandantes incurrieron en un error que invalidaba el contrato y si la cancelación pactada con la entidad financiera impide que posteriormente se pueda solicitar la nulidad del mismo. La sentencia confirma la resolución de primera instancia en cuanto a la primera cuestión. Sin embargo, estimó que se confirmó el *swap* tácitamente al haber negociado los clientes con la entidad financiera la resolución de la permuta financiera litigiosa. En tal negociación estuvieron asistidos por su abogado y pactaron una condonación del 25% del importe a abonar al banco[63].

Posteriormente se planteó recurso por infracción procesal por una alegada ilógica o arbitraria valoración de la prueba, así como por una pretendida vulneración de la carga de la prueba[64]. El recurso de casación, que es lo que interesa a efectos de este trabajo, tenía un motivo consistente en la vulneración de los artículos 1309, 1310 y 1311 del Código Civil y se justificaba en la existencia de jurisprudencia menor contradictoria[65].

Dentro de los hechos declarados probados se puede destacar que dichas personas suscribieron para financiar la adquisición de una vivienda un préstamo con garantía hipotecaria por importe de 129.000 euros. Posteriormente se concluyó una ampliación del capital prestado. Y poco tiempo después, a instancia de la entidad financiera se contrató el *swap*. Los demandantes carecían de conocimientos financieros, ya que uno era mecánico y la otra era cajera en una superficie comercial. Hasta abril del año 2009 se producen liquidaciones positivas para los actores. Posteriormente se suceden las liquidaciones negativas, motivando que los demandantes no puedan hacer frente a los pagos. Ante la extrañeza provocada por los pagos de la permuta financiera, los demandantes acuden al banco y se les informa que cuando el tipo de interés está por debajo del 4% son los clientes los que deben pagar a la entidad financiera. Ante la descrita situación de imposibilidad de pago, los actores negociaron con su abogado y pactaron una ampliación del préstamo hipotecario para regularizar las cuotas hipotecarias pendientes de pago, resolver el *swap* y pagar los costes de cancelación[66].

B) Postulados de interés de la Sentencia sobre los actos propios

Este pronunciamiento judicial comienza la resolución de la aplicación de la confirmación tácita señalando que «*es ya jurisprudencia consolidada de esta Sala que ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria*»[67]. Por lo tanto, se confirma el posicionamiento de las sentencias previamente comentadas[68].

Además, siguiendo la jurisprudencia general sobre la materia[69], recuerda que «*existiendo error excusable e invalidante del contrato, no puede considerarse que la actora hubiese subsanado dicho vicio del consentimiento mediante la confirmación del negocio con sus propios actos, por la simple razón de que un acto propio vinculante del que derive un actuar posterior incompatible, requiere un pleno conocimiento de causa a la hora de fijar una situación jurídica. Ha de tenerse en cuenta que la confirmación tácita solo puede tener lugar cuando se ejecuta el acto anulable con conocimiento del vicio que le afecta y habiendo cesado este, según establece inequívocamente el artículo 1311 del Código Civil*»[70].

Tras la reproducción de varios pronunciamientos anteriores no relacionados con productos bancarios como la STS de 14 de octubre de 1998 y de 15 de octubre de 2015, siguiendo lo declarado en la STS de 17 de diciembre de 2015 indica que «*el hecho de cancelar anticipadamente el producto ante el riesgo cierto de que tal situación se vaya agravando y suponga un importante quebranto económico, no se está realizando voluntariamente ningún acto volitivo que suponga indudable o inequívocamente la decisión de renunciar al ejercicio de la acción de nulidad, toda vez que para poder tener voluntad de renunciar a la acción de nulidad derivada de error consensual, es preciso tener conocimiento claro y preciso del alcance de dicho error, no resultando, así, de aplicación la doctrina de los actos propios y los artículos 7.1, 1310, 1311 y 1313 del Código Civil*»[71].

Posteriormente, analizando los hechos declarados probados en este caso se sostiene que «*la conducta observada por los actores no puede considerarse como un acto inequívoco dirigido a convalidar un contrato anulable. La cancelación anticipada del contrato, prevista en su reglamentación y propuesta por la entidad bancaria recurrida, no puede entenderse más que como la única solución viable que tenían los prestatarios para tratar de regularizar su situación de impago motivada por las liquidaciones negativas del contrato de cobertura de tipo de interés. Además, la aparente negociación con la entidad, con asistencia letrada, no puede tener la virtualidad o el efecto de renuncia a una posible acción de nulidad porque, además de no estipularse nada en tal sentido, las circunstancias especialmente angustiosas motivadas por la situación de impago y ante el real riesgo de un empobrecimiento patrimonial todavía más agravado, impiden sostener que el acuerdo alcanzado estuviera revestido de unas condiciones de igualdad entre las partes aptas para que, en una adecuada aplicación de la doctrina de los actos propios, se generase una situación jurídica que permitiera tener por convalidado un negocio viciado por error en la prestación del consentimiento. Además, la condonación ofrecida del 25% del coste de cancelación por parte de la entidad recurrida, venía condicionada y contrarrestada por la aceptación de una ampliación del principal del préstamo hipotecario, con unas condiciones financieras —aumento del tipo de interés remuneratorio y*

mayor duración del préstamo— más gravosas que las inicialmente pactadas, y, en consecuencia, más perjudiciales para los actores. Con lo cual, en la práctica, no fue sino un señuelo para que los actores pagaran una parte sustancial del coste de cancelación y el banco obtuviera un nuevo negocio de financiación; lo que, lejos de subsanar el error y confirmar el consentimiento, lo que hizo fue mantener la situación de error».

Nótese que aunque de manera tímida, esta Sentencia parece aceptar la posibilidad de una confirmación tácita en un hipotético supuesto con condiciones de igualdad, con alusión expresa a la subsanación y sin que concurran circunstancias especialmente angustiosas para los demandantes.

Por consiguiente, se consolida la jurisprudencia anterior respecto a un supuesto de hecho en el que el pretendido acto confirmatorio, consistente en una cancelación de mutuo acuerdo con la intervención de un abogado y una condonación relevante de la deuda existente, no se considera válido a efectos de aplicar la doctrina de los actos propios.

III. PRONUNCIAMIENTOS POSTERIORES DE LOS TRIBUNALES

Las Audiencias Provinciales parecen seguir los postulados contenidos en las sentencias estudiadas del Tribunal Supremo, aunque en muchas ocasiones no citen expresamente las resoluciones comentadas. Así en un caso de participaciones preferentes, tras reproducir la doctrina general del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales en la materia, pero no las sentencias comentadas en este artículo, la SAP de Cuenca, Sec. 1.ª, de 22 de marzo de 2016 descarta la aplicación de la doctrina de los actos propios en un supuesto donde se habían cobrado liquidaciones negativas y se había producido el canje del producto por el FROB[72] indicando[73]:

«*Es evidente que el cobro ordinario de liquidaciones no evidencia el error, ni supone confirmación alguna del contrato. Y menos aún el canje, interpretado en la forma expuesta en el fundamento anterior. El canje no es un acto de confirmación de un contrato válido en el ámbito de relaciones jurídico-privadas, sino una opción prevista por el legislador para mitigar la falta de liquidez de un producto financiero complejo irregularmente comercializado…*».

En otro supuesto de obligaciones subordinadas en el que se alegaba la confirmación tácita por el cobro de intereses, la SAP de las Islas Baleares, Sec. 4.ª, de 30 de junio de 2016 sin aludir a las resoluciones analizadas en este trabajo comenta[74]:

«*En el caso de autos los supuestos actos de confirmación tácita —recepción de intereses— se produjeron cuando el contrato se hallaba afectado por la causa de nulidad, o error vicio del consentimiento, por lo que no puede tener efecto alguno sanatorio del contrato. Se desestima el motivo*».

De manera parecida, la SAP de Barcelona, Sec. 13.ª, de 15 de septiembre de 2016 en un caso de participaciones preferentes y deuda subordinada en el que se alegaba la confirmación tácita por el disfrute durante un tiempo de rendimientos positivos, el canje y posterior venta de las acciones al FROB (que se suele producir con una renuncia expresa de derechos por escrito) descarta su aplicación siguiendo la doctrina general y la STS de 12 de enero de 2015 sosteniendo[75]:

«*El canje de las participaciones preferentes y deuda subordinada por acciones de Catalunya Banc era obligatorio y, el segundo paso, la venta de las acciones al Fondo de Garantía de Depósitos, era la solución ofrecida a la parte actora más viable para no incrementar la pérdida ya sufrida hasta el momento. Esa venta difícilmente puede considerarse como voluntaria sino que ha de ser entendida como la única opción, impuesta, ante la desconfianza que suponía para un inversor minorista mantener la titularidad de unas acciones, que son una parte del capital de un banco en el que había invertido sin saberlo, por falta de información, en un producto de riesgo. Esa venta a la que la parte actora se vio abocada no puede implicar la renuncia a intentar recuperar la totalidad de la inversión, que es lo que ahora se pretende. Por tanto ni el canje en acciones ni la venta de estas al FGD impide el ejercicio de la acción de nulidad aquí deducida.*

(…)

La confirmación solo es posible, según el artículo 1311 Código Civil, cuando el acto tácito se realice con: a) conocimiento de la causa de nulidad; b) habiendo esta cesado; y c) ejecutando un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciar a invocar la causa de nulidad. Que se acepten liquidaciones positivas o que se suscriban contratos que novan los precedentes, no supone conocimiento de la causa de nulidad, por lo que no opera el precepto; y sí además persiste el vicio tampoco podría acogerse la confirmación. En el caso de la venta del producto del canje obligatorio, su aceptación solo podría ser «confirmación» si hubiera «ánimo confirmatorio» pero no cuando lo que se pretende es minimizar la pérdida, aceptando el mal menor que supone el cambio; no se pretende hacer eficaz el contrato viciado, sino evitar una pérdida completa de lo invertido.

Por otra parte, que se hayan aceptado rendimientos, aunque sea de manera dilatada en el tiempo, no permite presumir la validez del consentimiento, puesto que se desconocían los elementos determinantes de la existencia de error en el consentimiento, de la misma manera que tampoco puede presumirse el consentimiento válido de la inexistencia de quejas conforme a la STS de 12 de enero de 2015 a que antes se ha hecho mención».

Algunas resoluciones siguen atendiendo exclusivamente a los requisitos generales de la doctrina de los actos propios, sin utilizar la nueva jurisprudencia comentada, para descartar la confirmación tácita. Así puede constatarse en la SAP de La Coruña, Sec. 3.ª, de 29 de septiembre de 2016, que en un caso de permutas financieras, en las que se han suscrito varios *swaps* y ha habido liquidaciones positivas y negativas, señala[76]:

«*En definitiva, por todo lo que queda expuesto, no es de recibo afirmar que se ha dado al cliente una información completa y adecuada para formar correctamente el consentimiento, la desinformación se traduce en la existencia de un vicio esencial del consentimiento, lo que hace que el consentimiento prestado adolezca de un error esencial e invalidante, no imputable al actor, lo que debe llevarnos a acordar el perecimiento de cuántos motivos de apelación han sido invocados en la alzada por la demandada-apelante y, consecuentemente, con ello, a que se confirme la Sentencia de primera instancia*».

En otras ocasiones sí se refiere y aplica expresamente la doctrina contenida en la jurisprudencia examinada en este trabajo. Así la SAP de Navarra, Sec. 3.ª, de 27 de junio de 2016, en un supuesto de participaciones preferentes y deuda subordinada con canje del FROB indica[77]:

«*No cabe entender, también en contra de la tesis defendida por la entidad bancaria demandada, que se hubiera producido la confirmación tácita de los contratos, por las razones que ya se expusieron en la Sentencia del Pleno núm. 168/2015, antes citada.*

La confirmación tácita de los contratos solo se produce cuando con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo cesado dicha causa, se ejecuta, por quien está legitimado, un acto inequívoco que implica necesariamente la voluntad de renunciar a ella.

Si el consentimiento inicialmente viciado por un conocimiento equivocado de la realidad se reitera más adelante cuando el error vicio ha desaparecido, el negocio inicial respecto al que operó la declaración de voluntad dejará de ser atacable en virtud de aquel error inicial, luego superado a través de actos de significado inequívoco, pero esta circunstancia no se da en el caso ahora enjuiciado, ya que el canje obligatorio impuesto por el FROB no es desde luego un acto que quepa atribuir a los actores, y la aceptación de la oferta de adquisición de las acciones no negociables recibidas a cambio de las participaciones preferentes y deuda subordinada, tampoco integra un acto voluntario en cuanto no existía en realidad otra alternativa razonable para los titulares de la acciones canjeadas, atendidas las circunstancias por las que atravesaba la entidad intervenida.

Las especiales circunstancias concurrentes en el caso, —esto es, la imposición a los actores por disposición administrativa adoptada en el marco de la intervención de la entidad demandada, de la transmisión de las obligaciones preferentes y deuda subordinada, y de la reinversión de lo obtenido en acciones no negociables de Catalunya Banc seguida de la aceptación de oferta para su adquisición efectuada por el FGD, impiden considerar que nos encontremos ante un supuesto en que la transmisión del bien adquirido a consecuencia del negocio anulable por error vicio (las obligaciones preferentes y deuda subordinada), venga a constituir un supuesto de confirmación tácita previsto en el artículo 1311 Código Civil, identificándolo con una acto que implique necesariamente la voluntad de renunciar a ejercitar la oportuna acción de nulidad.

La confirmación tácita de un negocio (al igual que la expresa) es una manifestación de la voluntad de continuar vinculado por el mismo, sanando los déficits de que pudiera adolecer, una vez se ha constatado la concurrencia de la causa de nulidad, por quien tiene derecho a invocarla. Ocurre que en la forma tácita el comportamiento que revela el ánimo confirmatorio no va dirigido a expresar dicha voluntad, pero se infiere inequívocamente del mismo. En este sentido, puede hallarse aquí una relación con la doctrina que impide ir contra los actos propios.

Es evidente que a quien se le impuso coactivamente «canjear» sus obligaciones preferentes por acciones no se le puede luego imputar que realizara un «acto propio» en sentido jurídico (es decir, voluntario y dirigido a causar estado) ni tampoco que dicho acto no voluntario revele de forma inequívoca una determinada voluntad (SSTSJ de Navarra 12 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1713), 28 de octubre de 1999 (RJ 1999, 9744), 17 de octubre de 2003 (RJ 2003, 8689); SSTS de 17 de julio de 1987 (RJ 1987, 9978), 31 de enero de 1995 (RJ 1995, 291) y 22 de octubre de 2002 (RJ 2002, 8970)).

Con esa transmisión y reinversión, las preferentes y subordinadas salieron del patrimonio de los actores, de manera que ya entonces no hubiera sido posible reintegrarlas en ejecución de una eventual Sentencia que declarara la nulidad del negocio originario por el que fueron adquiridas por aquellos».

En ese mismo sentido, la SAP de Madrid, Sec. 20.ª, de 19 de octubre de 2016, tras citar y reproducir la STS de 3 de febrero de 2016, en un caso de *swaps* con cobro de liquidaciones positivas y cancelaciones comenta[78]:

«*Existiendo error excusable e invalidante del contrato, no puede considerarse que los recurrentes hubiesen subsanado dicho vicio del consentimiento mediante la confirmación del negocio con sus propios actos, por la simple razón de que un acto propio vinculante del que derive un actuar posterior incompatible, requiere un pleno conocimiento de causa a la hora de fijar una situación jurídica, que aquí no concurre, ya que el conocimiento íntegro del riesgo asumido se adquiere cuando las liquidaciones devienen negativas y se informa del concreto importe de la cancelación de los contratos. Por el hecho de recibir unas liquidaciones positivas por parte de la entidad financiera en la cuenta corriente del cliente, o por cancelar anticipadamente el producto ante el riesgo cierto de que tal situación se vaya agravando y suponga un importante quebranto económico, no se está realizando voluntariamente ningún acto volitivo que suponga indudable o inequívocamente la decisión de renunciar al ejercicio de la acción de nulidad. Para poder tener voluntad de renunciar a la acción de nulidad derivada de error consensual, es preciso tener conocimiento claro y preciso del alcance de dicho error, lo cual no se ha producido en el momento de recibir las liquidaciones positivas, pues el cliente piensa que el contrato por el que se garantizaba que no le subirían los tipos de interés, está desplegando sus efectos reales y esperados, y por lo tanto no es consciente del error padecido en ese momento. Ni tampoco cuando se decide cancelar anticipadamente el contrato para poner fin a la sangría económica que suponen las sucesivas liquidaciones negativas. No resultando, pues, de aplicación la doctrina de los actos propios y los artículos 7.1, 1310, 1311 y 1313 del Código Civil.*

(…)

Pues bien, aplicando dicha doctrina al caso presente, en el que al igual que en el que contempla la Sentencia de Tribunal Supremo referida, ha existido un vínculo negocial inescindible y continuado, al venir motivadas las cancelaciones para enjugar las pérdidas del producto, no puede considerarse que al cancelar los dos contratos de swap *el 28 de diciembre de 2010, se confirmara o convalidara la posible nulidad que pudiera afectar a los mismos*».

Por lo tanto, en las resoluciones analizadas puede observarse cómo la jurisprudencia menor sigue de una manera más o menos expresa la doctrina asentada en las sentencias estudiadas en este artículo, descartando la aplicación de la confirmación tácita en la inmensa mayoría de los litigios sobre productos bancarios o de inversión.

IV. CONCLUSIONES

De la jurisprudencia menor, doctrina y principalmente de las resoluciones comentadas del Tribunal Supremo pueden extraerse las siguientes conclusiones sobre la aplicación de la doctrina de los actos propios en los litigios sobre productos bancarios, financieros o de inversión:

I. Los negocios jurídicos anulables se pueden confirmar tácitamente cuando concurre un conocimiento de la causa de nulidad, tal causa ha cesado, quien actúa está legitimado y dicho comportamiento consiste en un acto que supone sin equívocos dar cumplimiento al contrato.

II. Se había mantenido un debate doctrinal sustentado en pronunciamientos contradictorios de las Audiencias Provinciales sobre la posibilidad de aplicar la doctrina de los actos propios en determinados supuestos de pleitos sobre alegados vicios en el consentimiento otorgados en la adquisición de productos bancarios o de inversión. Principalmente se postulaba su aplicación cuando se suscribía

varias veces el mismo o un producto similar, cuando se recibían durante años y sin quejas tanto liquidaciones positivas como negativas, cuando se canjeaba el producto y se vendían las acciones recibidas en virtud del canje o cuando se cancelaba el producto de común acuerdo e incluso se abonaba un coste de cancelación por ello.

III. La mayoría de la jurisprudencia menor era contraria a aplicar la confirmación tácita a los casos descritos.

IV. El Tribunal Supremo ha confirmado la jurisprudencia menor mayoritaria, estableciendo que por regla general ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos o el canje del producto impuesto por el FROB con la venta de las acciones resultantes del referido canje, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio jurídico genéticamente viciado por error en el consentimiento. Lo cual sumado a las particularidades de los casos resueltos en las diversas sentencias (7 contrataciones dilatadas en el tiempo o cancelación de un producto con la asistencia de un abogado del actor), parece rechazar tajantemente la aplicación de la confirmación tácita en esta clase de procesos.

V. Las Audiencias Provinciales han continuado aplicando la doctrina mayoritaria anterior, siguiendo en algunas ocasiones de manera expresa los postulados de las sentencias analizadas en este estudio.

V. BIBLIOGRAFÍA

CARRASCO PERERA, Á. (2014). Aventuras, inventos y mixtificaciones, en el debate relativo a las participaciones preferentes, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 133, enero-marzo de 2014.

DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1991). *Comentario del Código Civil*, T. II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE, L. (2007). *Fundamentos de Derecho Patrimonial I*, 6.ª ed., Civitas, Madrid.

GARCÍA ANGULO, B. L. (2011). *Nulidad de los contratos Swap en la jurisprudencia*, Eolas.

GARCÍA-PITA LASTRES, J. L. (2009). *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo XXXIX, V. 5.º, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. y DÍAZ MORENO, A. (coords.) (2013). *Derecho Mercantil. La contratación bancaria*, V. 7.º, 15.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

JUAN GÓMEZ, M. (2011). Aproximación práctica a la figura del *interest rate swap* o permuta financiera de tipos de interés, *Diario La Ley*, núm. 7581, Sección Doctrina, 3 marzo 2011, Año XXXII.

MARÍN NARROS, H. D. (2015). Estudio sobre las cuestiones controvertidas recurrentes en los pleitos de participaciones preferentes conforme a las SSTS de 18 de abril de 2013 y de 8 de septiembre de 2014, así como la jurisprudencia menor, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 748.

— (2013). Los principales aspectos controvertidos en la litigiosidad de los *swaps, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737.

MAYORGA TOLEDANO, M. C. (2013). Información, diligencia y responsabilidad contractual: clientes minoristas versus participaciones preferentes. Reflexiones al hilo de la SAP de Jaén de 28 de enero de 2013, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2-2013.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á. (dirs.) (2014). *Lecciones de Derecho Mercantil*, V. II, ed. 12.ª, Civitas, Madrid.
PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2013). Canje de participaciones preferentes por acciones y efectos sobre la acción de anulación del contrato por vicio del consentimiento, *Diario La Ley*, núm. 8036, Sección Doctrina, 5 Mar. 2013, Año XXXIV.
PUYOL MONTERO, F. J. y FLUITERS CASADO, R. (dirs.) (2004). *Contratos bancarios*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

VI. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil

- STS de 5 de noviembre de 1987
- STS de 16 de febrero de 1988
- STS de 10 de octubre de 1988
- STS de 15 de junio de 1989
- STS de 27 de julio de 1990
- STS de 6 de noviembre de 1990
- STS de 27 de noviembre de 1991
- STS de 4 de junio de 1992
- STS de 10 de noviembre de 1992
- STS de 31 de enero de 1995
- STS de 27 de enero de 1996
- STS de 14 de octubre de 1998
- STS de 21 de mayo de 2001
- STS de 25 de enero de 2002
- STS de 22 de octubre de 2002
- STS de 7 de junio de 2010
- STS de 27 de febrero de 2013
- STS de 18 de abril de 2013
- STS de 12 de enero de 2015
- STS de 15 de octubre de 2015
- STS de 1 de febrero de 2016
- STS de 3 de febrero de 2016
- STS de 16 de marzo de 2016

Resoluciones de Audiencias Provinciales

- SAP de Asturias, Sec. 5.ª, de 23 de julio de 2010
- SAP de Ávila, Sec. 1.ª, de 27 de enero de 2011
- SAP de Asturias, Sec. 4.ª, de 14 de febrero de 2011
- SAP de Asturias, Sec. 4.ª, de 2 de marzo de 2011
- SAP de Asturias, Sec. 5.ª, de 17 de marzo de 2011
- SAP de Álava, Sec. 1.ª, de 14 de abril de 2011
- SAP de Badajoz, Sec. 2.ª, de 17 de mayo de 2011
- SAP de Asturias, Sec. 4.ª, de 30 de mayo de 2011
- SAP de Burgos, Sec. 2.ª, de 2 de junio de 2011
- SAP de Madrid, Sec. 10.ª, de 27 de marzo de 2012
- SAP de Álava, Sec. 1.ª, de 11 de mayo de 2012

- SAP de Pontevedra, Sec. 6.ª, de 11 de junio de 2012
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sec. 3.ª, de 13 de junio de 2012
- SAP de Álava, Sec. 1.ª, de 29 de junio de 2012
- SAP de Guipúzcoa, Sec. 2.ª, de 29 de junio de 2012
- SAP de Madrid, Sec. 10.ª, de 3 de julio de 2012
- SAP de Álava, Sec. 1.ª, de 18 de julio de 2012
- SAP de Guipúzcoa, Sec. 3.ª, de 25 de julio de 2012
- SAP de Castellón, Sec. 3.ª, de 26 de octubre de 2012
- SAP de Alicante, Sec. 3.ª, de 20 de marzo de 2013
- SAP de Pontevedra, Sec. 1.ª, de 4 de abril de 2013
- SAP de Lugo, Sec. 1.ª, de 15 de abril de 2014
- SAP de León, Sec. 2.ª, de 7 de mayo de 2014
- SAP de Pontevedra, Sec. 1.ª, de 9 de mayo de 2014
- SAP de Cuenca, Sec. 1.ª, de 22 de marzo de 2016
- SAP de Navarra, Sec. 3.ª, de 27 de junio de 2016
- SAP de las Islas Baleares, Sec. 4.ª, de 30 de junio de 2016
- SAP de Barcelona, Sec. 13.ª, de 15 de septiembre de 2016
- SAP de La Coruña, Sec. 3.ª, de 29 de septiembre de 2016
- SAP de Madrid, Sec. 20.ª, de 19 de octubre de 2016

NOTAS

[1] (A nadie le es lícito ir contra sus propios actos). Cfr. SAP de las Islas Baleares, Sec. 4.ª, de 30 de junio de 2016.

[2] (No vale contravenir los actos propios). Cfr. JUAN GÓMEZ, M. (2011). Aproximación práctica a la figura del *interest rate swap* o permuta financiera de tipos de interés, *Diario La Ley*, núm. 7581, Sección Doctrina, 3 de marzo de 2011, Año XXXII.

[3] Cfr. SSTS de 25 de enero de 2002 y de 27 de febrero de 2013, entre otras muchas.

[4] Cfr. STS de 22 de octubre de 2002 y SAP de las Islas Baleares, Sec. 4.ª, de 30 de junio de 2016.

[5] Cfr. artículo 1310 del Código Civil que establece: «*solo son confirmables los contratos que reúnan los requisitos expresados en el artículo 1261*».

[6] Cfr. JUAN GÓMEZ, M., *op. cit.*, DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1991). *Comentario del Código Civil*, T. II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, p. 541, GARCÍA ANGULO, B. L. (2011). *Nulidad de los contratos Swap en la jurisprudencia, Eolas* p. 52, DÍEZ-PICAZO Y PONCE, L. (2007). *Fundamentos de Derecho Patrimonial I*, 6.ª ed., Civitas, Madrid, p. 606. En concreto el artículo 1309 del Código Civil dispone: «*La acción de nulidad queda extinguida desde el momento en que el contrato haya sido confirmado válidamente*». Por su parte el precepto 1311 del Código Civil establece: «*La confirmación puede hacerse expresa o tácitamente. Se entenderá que hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo esta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo*».

[7] Cfr. JUAN GÓMEZ, M., *op. cit.*

[8] Aunque determinados autores postulan su autonomía. Cfr. JUAN GÓMEZ, M., *op. cit.* y GARCÍA ANGULO, B. L., *op. cit.*, p. 52. Algunas sentencias como la SAP de Madrid, Sec. 20.ª, de 19 de octubre de 2016 también resuelven de forma separada ambas figuras jurídicas, aunque las consecuencias jurídicas y los razonamientos parecen ser los mismos. Pero otras lo resuelven y tratan de manera indistinta. Cfr. SSAP de Navarra, Sec. 3.ª, de 27 de junio de 2016 y de La Coruña, Sec. 3.ª, de 29 de septiembre de 2016.

[9] Se requiere un conocimiento del carácter ineficaz del contrato y de la posibilidad práctica de la eliminación de sus efectos jurídicos, pero no un total conocimiento de orden técnico jurídico respecto de la titularidad de la acción y de la naturaleza de esta. Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE, L., *op. cit.*, p. 604.

[10] La legitimación le corresponde a quien pertenece el poder de provocar la anulación. Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE, L., *op. cit.*, p. 604.

[11] Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE, L., *op. cit.*, pp. 604 y 605, SAP de Guipúzcoa, Sec. 2.ª, de 29 de junio de 2012.

[12] Cfr. SSTS de 5 de noviembre de 1987, de 15 de junio de 1989, de 27 de julio de 1990, de 31 de enero de 1995 y de 27 de enero de 1996; SSAP de Cuenca, Sec. 1.ª, de 22 de marzo de 2016 y de las Islas Baleares, Sec. 4.ª, de 30 de junio de 2016.

[13] Cfr. SSTS de 16 de febrero de 1988, de 6 de noviembre de 1990 y de 27 de noviembre de 1991.

[14] Cfr. SSTS de 10 de octubre de 1988, de 4 de junio de 1992 y de 10 de noviembre de 1992 entre otras.

[15] *Vid.* GARCÍA-PITA LASTRES, J. L. (2009). *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo XXXIX, V. 5.º, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, Jiménez Sánchez, G. J. y Díaz Moreno, A. (coords.) (2013). *Derecho Mercantil. La contratación bancaria*, V. 7.º, 15.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, Menéndez Menéndez, A. y Rojo Fernández-Río, Á. (dirs.) (2014). *Lecciones de Derecho Mercantil*, V. II, ed. 12.ª, Civitas, Madrid, Puyol Montero, F. J. y Fluiters Casado, R. (dirs.) (2004). *Contratos bancarios*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

[16] *Vid.* SSAP de Lugo, Sec. 1.ª, de 15 de abril de 2014, de León, Sec. 2.ª, de 7 de mayo de 2014, de Pontevedra, Sec. 1.ª, de 9 de mayo de 2014, JUAN GÓMEZ, M., *op. cit.* y GARCÍA ANGULO, B. L., *op. cit.*, pp. 51 y sigs., CARRASCO PERERA, Á. (2014). Aventuras, inventos y mixtificaciones, en el debate relativo a las participaciones preferentes, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 133, enero-marzo 2014, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2013). Canje de participaciones preferentes por acciones y efectos sobre la acción de anulación del contrato por vicio del consentimiento, *Diario La Ley*, núm. 8036, Sección Doctrina, 5 de marzo de 2013, Año XXXIV.

[17] Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.

[18] Cfr. JUAN GÓMEZ, M., *op. cit.*, MARÍN NARROS, H. D. (2013) Los principales aspectos controvertidos en la litigiosidad de los *swaps, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737 y (2015) Estudio sobre las cuestiones controvertidas recurrentes en los pleitos de participaciones preferentes conforme a las SSTS de 18 de abril de 2013 y de 8 de septiembre de 2014, así como la jurisprudencia menor, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 748.

[19] *Vid.*, SSAP de Asturias, Sec. 4.ª, de 14 de febrero de 2011, de Asturias, Sec. 4.ª, de 2 de marzo de 2011, de Asturias, Sec. 5.ª, de 17 de marzo de 2011, de Badajoz, Sec. 2.ª, de 17 de mayo de 2011, de Asturias, Sec. 4.ª, de 30 de mayo de 2011 y de Burgos, Sec. 2.ª, de 2 de junio de 2011.

[20] En concreto dice: «*El hecho de que los demandantes hayan conservado participaciones preferentes de BNP adquiridas junto con las de Lehman Brothers, siendo cierto que supone un dato discordante en la solución del recurso, no puede por sí solo eximir de responsabilidad a BBVA*». Cfr. Fundamento de Derecho Séptimo.

[21] Cfr. Fundamento Jurídico Octavo.

[22] Cfr. SSAP de Guipúzcoa, Sec. 2.ª, de 29 de junio de 2012 y de Álava, Sec. 1.ª, de 18 de julio de 2012.

[23] Cfr. SAP de Guipúzcoa, Sec. 3.ª, de 25 de julio de 2012.

[24] Cfr. SSAP de Asturias, Sec. 4.ª, de 14 de febrero de 2011 y de Álava, Sec. 1.ª, de 11 de mayo de 2012.

[25] Cfr. SSAP de Badajoz, Sec. 2.ª, de 17 de mayo de 2011 y de Burgos, Sec. 2.ª, de 2 de junio de 2011.

[26] Cfr. SSAP de Asturias, Sec. 4.ª, de 30 de mayo de 2011 y de Burgos, Sec. 2.ª, de 2 de junio de 2011.

[27] Cfr. Fundamento Jurídico Quinto.

[28] Cfr. GARCÍA ANGULO, B. L., *op. cit.*, p. 52. De manera similar respecto a participaciones preferentes *vid.*, MAYORGA TOLEDANO, M. C. (2013), Información, diligencia y responsabilidad contractual: clientes minoristas versus participaciones preferentes. Reflexiones al hilo de la SAP de Jaén de 28 de enero de 2013, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2013.

[29] Cfr. Fundamento de Derecho Primero.

[30] Cfr. Fundamento de Derecho Primero.
[31] Cfr. Fundamento de Derecho Primero.
[32] Cfr. Fundamento de Derecho Segundo.
[33] Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.
[34] Cfr. Fundamento de Derecho Primero.
[35] Cfr. Fundamento de Derecho Tercero II.
[36] *Vid.*, *ut supra* apartado I.
[37] Cfr. Fundamento de Derecho Tercero II
[38] Cfr. Fundamento de Derecho Tercero II.
[39] Cfr. Fundamento de Derecho Tercero II.
[40] Cfr. Fundamento de Derecho Tercero II.
[41] Cfr. JUAN GÓMEZ, M., *op. cit.* y MARÍN NARROS, H. D., *op. cit.*
[42] Cfr. Fundamento de Derecho Tercero I.
[43] Cfr. SSAP de Álava, Sec. 1.ª, de 11 de mayo de 2012 y de 29 de junio de 2012, de Santa Cruz de Tenerife, Sec. 3.ª, de 13 de junio de 2012 y STS de 3 de febrero de 2016, entre otras muchas.
[44] Cfr. Fundamento de Derecho Tercero II.
[45] Cfr. Fundamento de Derecho Tercero II.
[46] Cfr. Fundamento de Derecho Primero.
[47] Cfr. Fundamento de Derecho Primero.
[48] Cfr. Fundamento de Derecho Primero.
[49] Cfr. Fundamento de Derecho Segundo.
[50] Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.
[51] Cfr. STS de 17 de diciembre de 2015. *Vid.*, *ut supra* apartado II1b).
[52] Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.
[53] Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.
[54] Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.
[55] Cfr. Fundamento de Derecho Tercero. Este posicionamiento también se encuentra en la STS de 17 de diciembre de 2015.
[56] Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.
[57] Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.
[58] En este caso únicamente se instaba la nulidad de un *swap*.
[59] Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.
[60] Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.
[61] Cfr. Antecedente de Hecho Primero.
[62] Cfr. Fundamento de Derecho Primero.
[63] Cfr. Fundamento de Derecho Primero.
[64] Cfr. Fundamento de Derecho Segundo.
[65] Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.
[66] Cfr. Fundamento de Derecho Primero.
[67] Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.
[68] *Vid.*, *ut supra* apartado II.1b) y 2b).
[69] Cfr. SSTS de 14 de octubre de 1998 y de 15 de octubre de 2015, entre otras.
[70] Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.
[71] Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.
[72] Siglas que responden a «fondo de reestructuración ordenada bancaria». Para más información sobre este organismo *vid.* Menéndez Menéndez, A. y Rojo Fernández-Río, Á. (dirs.), *op. cit.*, pp. 218 y sigs.
[73] Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.
[74] Cfr. Fundamento de Derecho Quinto.
[75] Cfr. Fundamento de Derecho Quinto.
[76] Cfr. Fundamento de Derecho Segundo.
[77] Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.
[78] Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información de actividades

ANDALUCÍA

Los días 4 y 5 de mayo de 2017, se celebró en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (Sala de Conferencias), el I CONGRESO INTERNACIONAL *CONTRATACIÓN INMOBILIARIA TRANSFRONTERIZA*, organizado por la Cátedra de Derecho Registral de la Universidad de Granada.

Colaboran:
Tribunal Constitucional.
Tribunal Supremo.
Consejo General del Poder Judicial.
Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla.
European Law Registry Association (ELRA).
Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España.
Centro Internacional del Derecho Registral (IPRA-CINDER).
Consejo General del Notariado.
Ilustre Consejo General del Colegio de Economistas de España.
Ilustre Colegio Oficial de Titulares Mercantiles de Granada.

Dirección:
Dña. Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Directora de la Cátedra de Derecho Registral de la Universidad de Granada.
D. Miguel OLMEDO CARDENETE, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Granada.

Comité de Honor:
Dña. Pilar ARANDA RAMÍREZ, Rectora Magnífica de la Universidad de Granada.
D. Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Catedrático de Derecho Civil. UAM.

D. Gonzalo AGUILERA ANEGÓN, Decano-Presidente del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España.
D. Carlos LESMES SERRANO, Presidente del Tribunal Supremo de España y del Consejo General del Poder Judicial.
D. Lorenzo DEL RÍO FERNÁNDEZ, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla.
D. Antonio PAU PEDRÓN, Presidente de la Comisión General de Codificación, Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Registrador de la Propiedad de Madrid núm. 5.
D. José Manuel GARCÍA COLLANTES, Presidente de la Unión Internacional del Notariado Latino, Expresidente del Consejo General del Notariado, Exdecano del Ilustre Colegio Notarial de Madrid.
D. Aladair LEWIS, Presidente del European Land Registry Association (ELRA).
D. José Ángel MARTÍNEZ SÁNCHIS, Presidente del Consejo General del Notariado, Decano del Colegio Notarial de Madrid.
D. Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Director General de los Registros y del Notariado, Miembro de Honor de la Cátedra de Derecho Registral de la UGR.
D. Jesús SANMARTÍN, Presidente del Registro de Economistas Asesores Fiscales (REAF) - Consejo General de Economistas.
D. Juan Antonio XIOL RÍOS, Magistrado del Tribunal Constitucional, Miembro de Honor de la Cátedra de Derecho Registral de la UGR.
D. Francisco MARÍN CASTÁN, Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo, Miembro de Honor de la Cátedra de Derecho Registral de la UGR.

Comité Científico:
D. Juan María DÍAZ FRAILE, Director del Servicio de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España.
D. Joaquín DELGADO RAMOS, Director del Centro de Estudios Registrales de Andalucía Oriental del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España.
Dña. María del Rosario JIMÉNEZ RUBIO, Decana Territorial de Andalucía Oriental del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España.
D. José María ESCUDERO SANTOS, Decano-Presidente del Ilustre Colegio de Economistas de Granada.
D. Eduardo TORRES GONZÁLEZ-BOZA, Decano del Colegio de Abogados de Granada.
D. José Luis LLEDÓ GONZÁLEZ, Decano del Ilustre Colegio de Notarios de Andalucía, Vicepresidente del Consejo General del Notariado.

D. Jesus RODRÍGUEZ ALCÁZAR, Magistrado. Juez-Decano de Granada.
D. Antonio ORTI VALLEJO, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Granada.
D. Lázaro RODRÍGUEZ ARIZA, Director de la Cátedra de Empresa Familiar.
D. Sixto SÁNCHEZ LORENZO, Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Granada.
D. Enrique SANJUÁN Y MUÑOZ, Magistrado de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Almería.

Tribunal de Comunicaciones:
Presidenta:
Dña. Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Directora de la Cátedra de Derecho Registral de la Universidad de Granada.
Vicepresidente:
D. Jesús GARCÍA SÁNCHEZ, Abogado de Barcelona.
Vocales:
D. Jose Antonio RUIZ RICO DÍEZ, Registrador de la Propiedad-colaborador de la Cátedra de Derecho Registral.
D. Eduardo ENTRALA BUENO, Registrador de la Propiedad de Mojácar.
D. Joaquín Vicente GARCIA AIVAR, Colegio de Economistas de Granada.
D. Francisco de Asís GÓMEZ MONTERO, Notario de Doña Mencía.
D. Juan Luis MONESTIER MORALES, Doctor Europeo, Profesor de la Universidad de Granada, Abogado.
D. César CERES OCAÑA, Notario de Ujijar.
D. Enrique SANJUÁN Y MUÑOZ, Magistrado de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Almería.

4 DE MAYO

Inauguración del Congreso:
Intervención de la Sra. Rectora Magnífica de la Universidad de Granada, Dña. Pilar ARANDA RAMÍREZ.
Intervención de la Sra. Directora de la Cátedra de Derecho Registral de la Universidad de Granada, Dña. Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA.
Intervención del Sr. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, D. Miguel OLMEDO CARDENETE.
Intervención del Sr. Decano-Presidente del Colegio de Registradores de la Propiedad Mercantiles y de Bienes Muebles de España, D. Gonzalo AGUILERA ANEGÓN.
Intervención del Sr. Presidente del Consejo General del Notariado y Sr. Decano del Colegio Notarial de Madrid, D. José Ángel MARTÍNEZ SANCHIS.

Ponencia Inaugural:
«La transposición de la Directiva 2014/17/UE a través del Proyecto de Ley de Crédito Inmobiliario», por D. Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Director General de los Registros y del Notariado, Miembro de Honor de la Cátedra de Derecho Registral de la UGR.

Presenta: D. Miguel OLMEDO CARDENETE, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada.

TEMÁTICA 1: TRANSACCIONES INMOBILIARIAS TRANSFRONTERIZAS EN EUROPA

Panel temático 1: Mercado transfronterizo, Estudio europeo y Ley aplicable en la contratación inmobiliaria transfronteriza.

«Desarrollo institucional del mercado transfronterizo de inmuebles en la Unión Europea», por D. Benito ARRUÑADA, Catedrático de Organización de Empresa de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.
«Estudio Europeo sobre transacciones inmobiliarias transfronterizas por encargo de la Unión Europea», D. Sergio NASARRE AZNAR, Catedrático de Derecho Civil, Universidad Rovira i Virgili, Director de la Cátedra UNESCO de Vivienda.
«La contratación inmobiliaria británica en España a pesar del Brexit», por Dña. Charmaine ARBOUIN, British Consul for Andalucia, Canary Islands, Ceuta & Melilla.
«El Derecho aplicable a las transacciones inmobiliarias transfronterizas: las limitaciones del Derecho internacional privado», por D. Sixto SÁNCHEZ LORENZO, Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Granada.

Modera: D. Juan María DÍAZ FRAILE, Director del Servicio de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España.

TEMÁTICA 2: PROYECTOS EUROPEOS PARA FAVORECER LA CONTRATACIÓN INMOBILIARIA TRANSFRONTERIZA

Panel temático 2: Los proyectos EUFIDES, CROBECO e IMOLA-LRI.

«El proyecto EUFIDES», por D. Isidoro CALVO VIDAL, Notario de La Coruña.
«Los Proyectos CREBECO e INMOLA-LRI (Interconexión de Registros europeos», por D. Jesús CAMY ESCOBAR, Registrador de la Propiedad de Granada.

«Iniciativas Europeas que facilitan la contratación transfronteriza», por D. Jean MoerKerKe M.R.M., hypotheekbewaarder Registrar Belga.

Modera: D. Joaquín DELGADO RAMOS, Director del Centro de Estudios Registrales de Andalucía Oriental del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España.

TEMÁTICA 3. FINANCIACIÓN EN LA CONTRATACIÓN INMOBILIARIA TRANSFRONTERIZA.

Ponencia: «La armonización de los derechos reales en Europa. El derecho real de hipoteca en la contratación inmobiliaria transfronteriza», por D. Sjef VAN ERP, Maastricht University, Faculty of Law.

Presenta: Dña. María del Rosario JIMÉNEZ RUBIO, Decana Territorial de Andalucía Oriental del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España.

Panel Temático 3: Financiación y modelos alternativos de financiación para el desarrollo de promociones inmobiliarias: el crowdfunding *inmobiliario.*

«La Directiva sobre crédito hipotecario: su necesaria transposición», por D. Ignacio GALLEGO DOMÍNGUEZ, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Córdoba.
«La ficha europea de información normalizada como instrumento de armonización precontractual», por D. Francisco PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Profesor Titular de Derecho Civil, UGR.
«La armonización de los derechos reales en Europa. El derecho real de hipoteca en la contratación inmobiliaria transfronteriza», por D. Sjef VAN ERP, Maastricht University, Faculty of Law.
«Ventajas e inconvenientes de la financiación bancaria y no bancaria: el *crowdfunding* inmobiliario», por D. Salvador CURIEL CHAVES, Director Territorial de BMN Caja-Granada.

Modera: D. Antonio ORTI VALLEJO, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Granada.

5 DE MAYO

TEMÁTICA 4: FISCALIDAD, FRAUDE FISCAL Y DE CAPITALES EN LA CONTRATACIÓN INMOBILIARIA TRANSFRONTERIZA.

Panel temático 4: Fiscalidad.

«Combinaciones de negocios en la contratación inmobiliaria transfronteriza», por D. Lázaro RODRÍGUEZ ARIZA, Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad de la Universidad de Granada y Director de la Cátedra de Empresa Familiar.
«Tributación en la contratación inmobiliaria transfronteriza», por D. José María UTANDE SAN JUAN, Inspector de Hacienda, Letrado del Tribunal Constitucional.
«Fiscalidad en la contratación inmobiliaria transfronteriza», por D. Luis DEL AMO CARBAJO, Secretario Técnico de Expertos en Economía Forense, Consejo General de Economistas (REFOR).

Modera: D. Jose María ESCUDERO SANTOS, Decano-Presidente del Ilustre Colegio de Economistas de Granada.

Ponencia: «La necesaria colaboración de los Registradores en la identificación de los titulares reales de las participaciones sociales en el marco de la IV Directiva de prevención del blanqueo de capitales», por D. Juan María DÍAZ FRAILE, Director del Servicio de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España.

Panel temático 5: Fraude fiscal y control del blanqueo de capitales.

«El delito de blanqueo de capitales en Europa», por D. Vittorio MANES, Ordinario de Derecho Penal de la Universidad de Bolonia, Abogado.
«La prevención del blanqueo de capitales en la contratación inmobiliaria internacional», por D. Juan Miguel DEL CID GÓMEZ, Catedrático de EU de Economía Financiera y Contabilidad de la UGR.
«El control del blanqueo de capitales desde el Consejo General del Notariado», por D. Pedro GALINDO GIL, Director del Órgano Centralizado de Prevención del Blanqueo de Capitales del Consejo General del Notariado.
«El control del blanqueo de capitales desde el Centro Registral Antiblanqueo», por José Miguel MASA BURGOS, Director del Centro Registral Antiblanqueo (CRAB).

Modera: D. Carlos ARÁNGUREZ SÁNCHEZ, Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Granada.

Panel temático 6: Intervención notarial, inscripción registral y protección judicial en la contratación inmobiliaria transfronteriza abusiva.

«Control notarial en la contratación inmobiliaria transfronteriza abusiva», por Dña. Amelia MARÍN GARCÍA, Notario de Benalmádena.
«Control registral en la contratación inmobiliaria transfronteriza abusiva», por D. Gabriel ALONSO LANDETA, Registrador de la Propiedad de La Coruña.
«Control judicial de cláusulas abusivas (vencimiento anticipado, cláusula suelo y de gastos de financiación) en la contratación inmobiliaria transfronteriza», por D. Enrique SANJUÁN Y MUÑOZ, Magistrado de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Almería.
«Cláusulas suelo en Pymes y la cesión de créditos litigiosos en la contratación crediticia transfronteriza», por D. Jesús SÁNCHEZ GARCÍA, Abogado de Barcelona.

Modera: Dña. María Teresa BAREA MARTÍNEZ, Vicedecana del Ilustre Colegio Notarial de Andalucía.

Ponencia de clausura:
«El modelo europeo de protección de los/as consumidores/as y su implementación hacia la protección de las Pymes (pequeñas y medianas empresas)», por el Excmo. Sr. D. Javier ORDUÑA MORENO, Magistrado del Tribunal Supremo, Sala Primera, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia.

Presenta: Dña. Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Directora de la Cátedra de Derecho Registral de la Universidad de Granada.

Acto de clausura:
D. Rafael CATALÁ POLO, Ministro de Justicia.
D. Lorenzo DEL RÍO FERNÁNDEZ, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla.
Dña. Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Directora de la Cátedra de Derecho Registral de la Universidad de Granada.
D. Miguel OLMEDO CARDENETE, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Granada.
D. Gonzalo AGUILERA ANEGÓN, Decano-Presidente del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España.

MADRID

El día 28 de marzo de 2017, se celebró en el Colegio de Registradores de la Popiedad y Mercantiles de España el ACTO DE PRESENTACIÓN DEL LIBRO *LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA SOBRE PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALES,* coeditado por el Colegio de Registradores de España y Thomson Reuters-Aranzadi, coordinado por D. Juan María DÍAZ FRAILE, con la colaboración de D. Álvaro José MARTÍN MARTÍN, D. José Ángel GARCÍA-VALDECASAS BUTRÓN y D. José Miguel MASA BURGOS.

En el acto intervinieron:
El Decano-Presidente del Colegio de Registradores de España, D. Gonzalo AGUILERA ANEGÓN.
El Fiscal General del Estado, D. José Manuel MAZA MARÍN.
El Director del Servicio de Estudios, D. Juan María DÍAZ FRAILE.
El Presidente de Aranzadi, D. Javier MOSCOSO.
El Inspector de Hacienda y experto en blanqueo de capitales, D. José María PELÁEZ MARTOS, que pronunció una conferencia bajo el título *La importancia de conocer el titular real de los bienes*.

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad. FERNÁNDEZ SEIJO, José María. 2ª edición, Bosch, Barcelona, 2015. 337 páginas. Monografía.

por

SANTIAGO ARAGONÉS SEIJO
Juez

El autor es Magistrado especialista de lo Mercantil y actualmente está destinado, en comisión de servicios, en la sección decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, a la que corresponde el conocimiento exclusivo de las apelaciones de los Juzgados de lo Mercantil. FERNÁNDEZ SEIJO es conocido por haber planteado la cuestión prejudicial que dio lugar a la trascendente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 (asunto Aziz contra Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa) relativa a las cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria. Pese a que la segunda edición de la monografía es de octubre del año 2015, no ha sido reformada la ley concursal desde entonces.

La obra se divide en tres capítulos que examinan la secuencia que puede seguir un concurso de persona natural, con especialidades cuando esta no sea empresaria: el acuerdo extrajudicial de pagos, el concurso consecutivo y el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. En cada capítulo se sigue, a nuestro parecer, el mismo esquema: ámbito subjetivo o legitimación, efectos de la pendencia del procedimiento sobre los acreedores y sobre los créditos, la tramitación —distinguiendo entre si es o no empresaria la persona natural— y las consecuencias de la finalización.

Con carácter previo a los tres capítulos en que se divide la monografía, el autor explica en la *introducción* la diacronía legislativa que ha dado 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. El autor destaca que la finalidad de la reforma es que el deudor persona física pueda ver reducidas la totalidad o parte de sus deudas tras el proceso de venta de todo su patrimonio. En las personas jurídicas, a diferencia de las físicas, la extinción de las deudas no satisfechas tiene lugar —*ipso iure*— después de la fase de liquidación, por acarrear esta la extinción de la persona jurídica. Opina FERNÁNDEZ SEIJO que el sistema implantado es un tanto tortuoso porque exige, en primer lugar, un intento de acuerdo extrajudicial y, en caso de que este fracase, obliga al deudor a iniciar un procedimiento judicial para liquidar todo su patrimonio. Finalmente, critica que la reforma no incluya mecanismos procesales para la tutela de los consumidores.

El capítulo primero versa sobre *el acuerdo extrajudicial de pagos*, que se define como un trámite no judicial de mediación destinado a que el deudor pueda

alcanzar un acuerdo con una parte de sus acreedores, distintos a los públicos y a los que gocen de garantía real, mediante quitas, esperas y daciones en pago. La Ley 2/2015 permite a los notarios asumir la posición de mediador y puede solicitarse la mediación ante los notarios —si el deudor no es empresario— y ante los registradores mercantiles o las cámaras de comercio si el deudor es empresario.

Puede instar el acuerdo extrajudicial, regulado en el título X de la Ley Concursal, cualquier persona física o jurídica, siempre que su pasivo no supere los cinco millones de euros, y que acredite la concurrencia de una pluralidad de acreedores. Por el contrario, no pueden solicitarlo quienes hayan sido condenados por determinados delitos patrimoniales, quienes hubiesen alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos dentro de los últimos cinco años y mientras esté pendiente un acuerdo de refinanciación u otro concurso. El organismo o entidad receptora debe examinar los requisitos formales y la legitimación y, una vez comprobados, nombrará un mediador concursal.

El mediador concursal tiene que estar inscrito en el Registro de mediadores del Ministerio de Justicia y debe reunir las mismas condiciones subjetivas que un administrador concursal. Su función es —en opinión del autor— la de convocar, presidir y redactar el acta de la reunión que tendrá lugar con los acreedores dentro de los dos meses siguientes a la aceptación del cargo. Además, el mediador debe remitir a cada acreedor veinte días antes de la reunión, con consentimiento del deudor, una propuesta de acuerdo sobre los créditos pendientes de pago.

Como en cualquier concurso, la tramitación del acuerdo produce efectos tanto para el deudor como para los acreedores, pero los mismos tienen lugar —para evitar un uso fraudulento— desde la aceptación del cargo del mediador y no desde la solicitud o nombramiento. Advierte el autor que en el acuerdo extrajudicial el mediador no puede impugnar los actos de disposición y administración efectuados por el deudor durante la pendencia del procedimiento, a diferencia del régimen general del artículo 40.7 de la Ley Concursal. El efecto inmediato de la aceptación del mediador es, tras la comunicación del artículo 5 *bis* LC por el órgano receptor, la suspensión de las ejecuciones, si bien se prevén especialidades para las ejecuciones hipotecarias y para la vivienda habitual del deudor. Esta mediación, que no podrá superar los tres meses, también evita que los acreedores inicien o continúen ejecuciones judiciales o extrajudiciales o intenten mejorar su situación respecto del deudor común. Los acreedores públicos no quedan afectados ni vinculados por este acuerdo.

En el epígrafe relativo a la tramitación del expediente el autor analiza todos los pasos, ordenados cronológicamente, y no cabe duda de que será una guía útil para cualquier mediador concursal, notario o registrador mercantil. Se identifican las siguientes ocho fases: solicitud de nombramiento de mediador, aceptación por parte del mediador, comprobación de hechos por el mediador, convocatoria de la reunión, proposición del acuerdo, posicionamiento de los acreedores antes de la celebración de la reunión, desarrollo de la reunión y votación del acuerdo y, en último lugar, formalización del acuerdo.

Desde la solicitud hasta la formalización del acuerdo, distingue el Magistrado tanto las funciones de los profesionales implicados como la intervención del deudor y de los acreedores. Insiste en que el deudor puede instar la mediación después de los dos meses de la situación de insolvencia, sin perjuicio de la presunción de culpabilidad en la eventual calificación del concurso, y que el cómputo de los plazos será procesal. A la propuesta de acuerdo debe acompañarse un plan de pagos y un plan de viabilidad porque no basta —afirma el autor— con querer pagar las deudas sino que es necesario justificar cómo se van a pagar, cómo se

van a generar los recursos económicos que permitan convencer a los acreedores de la preferencia del acuerdo sobre la liquidación.

La última parte del capítulo del acuerdo extrajudicial está dedicado a las mayorías necesarias para la adopción del acuerdo, su formalización, sus efectos y las consecuencias del incumplimiento. Los acreedores con garantías reales que acepten someterse al acuerdo computarán para las mayorías necesarias.

En caso de que se alcance el acuerdo con los acreedores, que no podrá ser objeto de rescisión en otro concurso, deberá formalizarse siempre en escritura pública y se publicará un extracto en el Registro público concursal. El mediador supervisará el cumplimiento del acuerdo. Si no hay acuerdo, o este se incumple, el mediador concursal deberá instar inmediatamente el concurso consecutivo.

En el segundo capítulo se examina *el concurso consecutivo*, que es aquel que se tramita por los cauces del procedimiento concursal abreviado, y que tiene lugar a instancia del mediador concursal, del deudor o de los acreedores por no haberse alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos, por su incumplimiento o su anulación. El concurso consecutivo es una especialidad del procedimiento abreviado y el artículo 242 LC enumera los documentos y fija los plazos que deben aplicarse al concurso de persona física.

La declaración del concurso consecutivo de persona natural que no sea empresaria corresponde a los juzgados de primera instancia en virtud del artículo 85.6 de la Ley Orgánica de Poder Judicial, que entró en vigor el 1 de octubre de 2015. Por nuestra parte cabe valorar negativamente la modificación de la competencia objetiva, dado que la inexperiencia y dispersión de estos juzgados, la mayoría con funciones penales de instrucción, conllevará demoras y disparidad de criterio. Los juzgados de lo mercantil, si se ampliara su planta judicial, son los más adecuados para conocer de toda la materia concursal, con independencia de la naturaleza del deudor.

Se designará como administrador del concurso al mediador concursal, salvo si hubiese asumido dicha posición el notario, por no concurrir en él las condiciones subjetivas de los administradores concursales. En el propio auto de declaración podrá declararse la conclusión del concurso por insuficiencia del patrimonio para hacer frente a los créditos contra la masa y siempre que no sean viables las acciones de reintegración (art. 176 bis LC).

Como en el resto de la monografía, se distingue entre el concurso consecutivo del deudor empresario y del que no ostenta esta condición. En ambos casos, el concurso se inicia directamente con la liquidación —previa insinuación de los créditos— y, en consecuencia, debe acompañarse a la solicitud de concurso la propuesta de inventario. Como ya se ha dicho, el notario no podrá ser nombrado administrador y el informe que tendrá que remitir al juzgado se limitará a recoger los antecedentes, los documentos y las decisiones tomadas en el fallido acuerdo extrajudicial de pagos. Cuando el concurso concluya con la liquidación, el administrador concursal rendirá las cuentas y el deudor podrá solicitar el beneficio de exoneración de los pasivos no satisfechos.

El tercer y último capítulo trata la novedad principal de la reforma, *el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho*. Sin duda esta es la verdadera finalidad de la reforma y los dos procedimientos anteriores van dirigidos a obtener esta exoneración, que constituye la auténtica segunda oportunidad para la persona natural, sobretodo para la que no sea empresaria. Pese a los términos en que aparece redactado el artículo 178 *bis* LC, el autor defiende que la exoneración puede solicitarla el deudor que no haya intentado previamente el acuerdo extra-

judicial, pero deberá satisfacer al menos el veinticinco por ciento de los créditos ordinarios.

Analiza el Magistrado de forma minuciosa los requisitos de la buena fe que ha de reunir el deudor para conseguir la exoneración: que el concurso no haya sido declarado culpable; que el deudor no haya sido condenado por determinados delitos; que haya pagado los créditos contra la masa y los privilegiados o, en caso de no poder pagar estos, se someta a un plan de pagos.

Cuando en el auto que declara el concurso consecutivo, el juez acuerda la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa para pagar los créditos contra la masa —que FERNÁNDEZ SEIJO califica como «archivo exprés»— no se abre la pieza de calificación, pero el administrador concursal debe valorar cómo se hubiese calificado el concurso y cuáles hubiesen sido sus consecuencias.

Con la reforma de la Ley Concursal el legislador ha potenciado el uso de procesos de mediación entre deudor y acreedores. Si ha habido acuerdo extrajudicial de pagos se presume la buena fe del deudor y no tendrá que someterse a un plan de pagos en caso de no abonar el veinticinco por ciento de los créditos ordinarios. Cuando el deudor se ha sometido al acuerdo extrajudicial, debe pagar el crédito contra la masa y el crédito privilegiado para optar al beneficio de la exoneración.

Destaca el autor que en los concursos de persona natural no empresaria lo normal es que el único o principal crédito con privilegio especial sea el de la garantía hipotecaria constituida sobre la vivienda habitual. Aunque no se aplique en el procedimiento concursal, podría haberse advertido en la obra la exoneración de deuda que prevé el artículo 579.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la redacción dada por la Ley 1/2013, ya que el acreedor que goce de la garantía real podrá instar la ejecución separada durante la tramitación del acuerdo extrajudicial.

Respecto de la tramitación, el deudor podrá solicitar la concesión de la exoneración —tras finalizar la fase de liquidación— dentro de los quince días del plazo otorgado a los acreedores para la oposición de la rendición final de cuentas del administrador concursal. Presentada la solicitud, se dará traslado al administrador concursal y a los acreedores para que puedan oponerse en el plazo de cinco días. La oposición se tramita por los trámites del incidente concursal. Si no hay oposición el juez dictará auto —contra el que solo cabe recurso de reposición— concediendo la exoneración provisional por el plazo de cinco años.

La concesión provisional del beneficio produce como efecto la imposibilidad de que los acreedores —salvo los públicos— inicien cualquier acción de cobro contra el deudor, pero podrán dirigirla contra los obligados solidarios, fiadores o avalistas.

Por último, cabe la revocación de la exoneración en caso de que concurran algunas causas, entre las que cabe destacar el incumplimiento del plan de pagos o la mejora sustancial de la situación económica del deudor.

En la última parte de la obra se acompañan tres formularios para el deudor persona natural no empresaria: 1º) la solicitud de procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos; 2º) inventario de bienes y derechos para acompañar a la solicitud de procedimiento extrajudicial; y, 3º) solicitud de reconocimiento del beneficio de exoneración del pasivo concursal no satisfecho.

Podemos afirmar, por su calidad y exhaustividad, que la presente monografía constituye una guía práctica sobre los mecanismos de la exoneración de las deudas de la persona física, sea o no empresaria. En futuras ediciones casi seguro se incorporará la jurisprudencia recaída en la aplicación de la norma, y

cabrá valorar la experiencia sobre la atribución de la competencia objetiva a los juzgados de primera instancia. Por nuestra parte, atendida la complejidad de todo procedimiento de insolvencia, resultaría aconsejable que alguna institución pública acompañase al deudor —en el sentido de asesorar— tanto antes como después de los mecanismos encaminados a aligerar su insolvencia.

Daños punitivos: el «patito feo» de la responsabilidad civil. MÉNDEZ-MONASTERIO SILVELA, Pablo. Editorial Fe de erratas, 67 páginas.

por

DIEGO VIGIL DE QUIÑONES OTERO
Registrador de la Propiedad

Con una imagen literaria sumamente clarificadora (la del patito feo del cuento de Andersen), Pablo MÉNDEZ-MONASTERIO SILVELA, desentraña lo fundamental que se debe conocer sobre la categoría de los daños punitivos, vistos desde el Derecho español.

Se trata de una sencilla y breve monografía que puede aportar mucho a los estudiosos del Derecho de daños en particular, y del Derecho de obligaciones en general. En efecto, la categoría de los daños punitivos, que cumple la función de sancionar con multa privada cierta conducta dañosa, cumple la finalidad doble de resarcir y prevenir, cuando el Derecho de daños únicamente pretende resarcir. Viendo ese reverso inexistente en el Derecho español de daños, se comprende mejor su función meramente resarcitoria, comprendiendo bien las diferencias en nuestro sistema entre el Derecho sancionador (penal o administrativo), y el Derecho (civil) de daños.

Además (y he aquí en mi opinión el interés para un civilista no dedicado al Derecho de daños, pero si al de obligaciones en general), a través de la categoría de los daños punitivos se puede alcanzar una visión más clara de cómo actúan en nuestro sistema la culpa, la responsabilidad, el enriquecimiento sin causa, los contornos del daño moral o de la cláusula penal.

El trabajo, que en origen fue un trabajo fin de grado (TFG: ese maravilloso invento del plan Bolonia, del cual conviene empezar a destacar lo positivo), profundiza en un tema que escapa al contenido básico del Grado con una gran brillantez que hunde sus raíces en la calidad del autor y el desarrollo de la misma propiciado por la aportación de su Profesor de Derecho de daños (a la sazón director del trabajo y autor del prólogo), Mariano YZQUIERDO TOLSADA, uno de los grandes de la Responsabilidad civil en España.

El libro se distribuye en ocho apartados (introducción, seis capítulos, conclusiones y bibliografía). Tras analizar el concepto y la naturaleza jurídica de la figura (capítulo 2), sus antecedentes históricos (capítulo 3), entra en los aspectos fundamentales del tema, analizando las controversias doctrinales acerca de las funciones, casos en que procede la condena, la evolución jurisprudencial en USA sobre la cuantía de la multa por daños punitivos, y la posibilidad de imponerlos aun sin causar daño (capítulo 4).

Realizado el completo dibujo, profundiza el libro sobre el encaje de la figura en el Derecho español, para lo cual primero recorre (capítulo 5) las figuras próximas en el Derecho español (enriquecimiento sin causa, daño moral, cláusula

penal) y después analiza, para descartarla, la posibilidad de su incorporación a nuestro sistema (capítulo 6).

El libro resulta breve, interesante, asequible de lectura para quien sepa algo de Derecho de obligaciones, y muy completo en las fuentes españolas y americanas utilizadas, siendo además de todo un magnífico resumen de la mejor doctrina sobre el particular.

La debida recensión del trabajo no puede terminar sin contar algo de cómo ha sido posible que un simple TFG alcance el nivel de investigación (el autor del prólogo dice nada más comenzar que está presentando un nuevo investigador), pues a priori, los TFG se diseñan pensados para labores menores que una iniciación a la investigación de este tipo. Creo que vale la pena contarlo, pues lo que ha sucedido y sucede a día de hoy en la Complutense es un hecho histórico digno de mención:

La grande y vieja Facultad de Madrid, la de la Universidad Central (como se le llamó desde su traslado de Alcalá a Madrid, hasta su nueva denominación como Complutense), la que antes de crearse las Universidades periféricas llegó a superar en matriculados la población de Teruel, la que es como la casa madre de todas las Facultades de Derecho de España (pues quien más quien menos tiene «padre» o «abuelo» académico con doctorado en la Central), incorporó el plan Bolonia en el otoño de 2010, con alumnos nacidos en 1992. Hasta 2014 rigió, durante 60 años, el plan 53, que tantas satisfacciones ha dejado en tantos. Una Facultad acostumbrada a asignaturas anuales, a ser casa de grandes maestros, a que te diese clase el autor del Manual, una Facultad en la que los mejores alumnos estudiaban tratados de más de mil páginas por asignatura sin despeinarse, incorporaba un plan pensado de otra manera, en el cual más o menos había que meter el plan 53 en 3 cursos, y luego tener un cuarto de optativas (lo cual permite cosas tan atractivas como una cuatrimestral de concursal —dada por Juana PULGAR—, una de daños —dada por Mariano YZQUIERDO—, una de hipotecario, una de contratación —con María Teresa ÁLVAREZ MORENO—, un mercantil centrado en la PYME, o una asignatura separada de urbanismo).

Pues bien, insertados en dicha tradición de grandes maestros y grandes tratados, resulta que los buenos alumnos han seguido estudiando los mejores y grandes libros, pero en menos tiempo. Y alcanzado un cierto saber, ha ocurrido que en tercero se han visto manejando el Derecho de forma que la realidad les ha pedido que se inicien en la investigación, y comiencen a publicar trabajos.

Y fruto de ello, nació la Asociación Fundamento Jurídico, de cuyo núcleo fundador forma parte el autor junto con Francisco DE LA FUENTE CARDONA, Guillermo BLANCO CENJOR y Daniel OLIVARES MARTÍN (los tres, por cierto, hoy opositores), a la cual se unieron otros, y que ha dado como fruto ya tres números de la mencionada revista, dos de ellos patrocinados por el Colegio de Registradores. La indicada Asociación ha entrevistado (*vid.,* num. 3) al director del Servicio de Estudios del mencionado Colegio, Juan María DÍAZ FRAILE (quien presentó su número 2), y ha organizado una conferencia sobre la protección del consumidor del Director General de los Registros y el Notariado, Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO. También han sido entrevistados, entre otros, Antonio GARRIGUES WALKER, o Carlos LESMES.

Es en esa tradición, en esa Facultad, en ese ambiente de compañeros, donde se desarrollan las potencias y las pasiones por el Derecho de este grupo del que forma parte el autor, y donde se hace posible un TFG con este nivel investigador.

Creo que vale la pena que se pueda saber, pues seguramente si se imitan algunos elementos del modelo Complutense (hasta donde se pueda, pues no en todas partes hay tal tradición, y ya se sabe que *nemo dat quod non habet*), se puedan conseguir frutos como el que hoy nos ofrece la editorial «Fe de erratas». Se tenga interés o no en los daños punitivos, la publicación resulta también útil como modelo de lo que puede ser un buen TFG.

NORMAS DE PUBLICACIÓN REVISTA CRITICA DERECHO INMOBILIARIO

Conforme a los criterios de calidad exigidos tanto por las nuevas normas del CINDOC (Centro de Información y Documentación Científica) como por otras importantes bases de datos del *ISI* (Institute for Scientific Information), y con el fin de conseguir su inclusión en el *Journal Citation Reports* (JCR), se establecen como obligatorias las siguientes normas de publicación de trabajos en la RCDI.

1. NORMAS FORMALES DE PRESENTACIÓN

1.1. Autoría:

— Todos los trabajos que se presenten para publicar en RCDI deberán contener los siguientes datos:

- Nombre y dos apellidos del autor/es.
- Grado académico o situación profesional del autor/es.
- Dirección y Filiación institucional completa del autor/es (puesto, institución/empresa, dirección postal completa, y teléfono).
- Correo electrónico del autor/es.

1.2. Encabezamiento:

— Al inicio de todos los trabajos deberán constar los siguientes datos:

- Título del trabajo, que deberá reflejar fielmente el contenido del artículo, en español y en *inglés*.
- A continuación, se recogerá la autoría conforme a lo explicado en el punto 1.1.
- Resumen del artículo con un máximo de 250 palabras.
- Resumen del artículo en *inglés (abstract)*.
- Palabras clave: de 5 a 10 palabras clave.
- Palabras clave en *inglés (key words)*.

1.3. Extensión:

— Los ESTUDIOS tendrán una extensión entre de 25 a 40 folios.
— Los DICTÁMENES y NOTAS, de 10 a 25 folios.

— Los ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES, de 10 a 20 folios.
— Las RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS, de 2 a 4 folios.

1.4. Tipo de letra:

— Tratamiento de texto: Word.
— Tipo de letra: Times New Roman, Tamaño: 12 p., Interlineado: sencillo (*Sin negritas ni subrayados*).
— Las NOTAS en Times New Roman, tamaño 10, interlineado sencillo.

1.5. Estructura del trabajo:

— Además del encabezado, todos deberán contener un SUMARIO al inicio, que seguirá las siguientes pautas:

I. EN VERSALES.
II.1. EN VERSALITAS.
III.1.A. *En cursiva*.
IV.1.A.a) En redondo.
V.1.A.a) a´) (si lo hubiera). En redondo.

— El mismo finalizará con unas breves CONCLUSIONES, las cuales deberán ir precedidas por un número romano.

I. .....
II. .....
III. ....

— Se añadirá al final del trabajo un ÍNDICE de las resoluciones citadas o no siempre en conexión con el tema, que deberán citarse con el esquema siguiente:

P. ej. STS de 22 de octubre de 2002. (*Sin puntos en las siglas*).

— Por último contará con un apartado de BIBLIOGRAFÍA, que recogerá las referencias bibliográficas ordenadas alfabéticamente, conforme a la forma expresada en el siguiente apartado.

2. NORMAS PARA LA ELABORACIÓN DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Para la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado, y para las NOTAS al final del trabajo, se seguirán las siguientes normas formato APA (American Psychological Association), contenidas en el Manual de Estilo: *Publication Manual of the American Psychological Association,* disponibles en www.apastyle.org.

— *Libro:*
APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título de la obra en cursiva. Lugar de publicación: Editorial.

Ej: GOMEZ GÁLLIGO, J. (2000). *Lecciones de Derecho Hipotecario*. Madrid: Marcial Pons.

— *Capítulo de Libro:*
APELLIDOS, Inicial del Nombre. Año (entre paréntesis). Título del capítulo. En: Inicial Nombre y Apellido (ed./dir./coord.), Título del Libro (en cursiva). Ciudad: Editorial (pp. inicial y final).

Ej.: PARRA JIMÉNEZ, M.ª Á. (2000). Comentario al art. 211. En: J. Rams Albesa (coord.), *Comentario al Código Civil,* Tomo II, Vol. 2º. Barcelona: Bosch (pp. 1764-1790).

— *Artículo:*
APELLIDOS, Inicial del Nombre. Año (entre paréntesis). Título del artículo. Nombre de la Revista en cursiva, nº de la revista, páginas inicial y final.

Ej.: GÓMEZ PÉREZ, A. (1969). Los alimentos debidos a la viuda encinta. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2, 373-401.

— *Documento electrónico:*
Además de lo indicado anteriormente según sea libro o artículo, debe indicarse [En línea], la dirección URL y la fecha de publicación o la de su más reciente actualización**.**

Ej.: GÓMEZ POMAR, F. (2001). Carga de la prueba y responsabilidad objetiva. *InDret* [En línea], núm. 40, disponible en http://www.indret.com/cas/artdet.php?Idioma=cas&IdArticulo=139

— Conviene recordar que la forma de citar en texto correspondiente a las normas APA varía respecto a la tradicional de forma que:

- Tratándose de referencias bibliográficas en texto, se introducen en el propio texto de la siguiente forma: (autor, año de publicación y página). La cita completa se desarrolla conforme a las normas que se acaban de exponer en la bibliografía recogida al final del artículo, no al pie de página.

  Ej.: La viuda encinta se hace merecedora de los alimentos (GÓMEZ PÉREZ, 1969, 373), por lo que sería conveniente…

— *Tanto las citas con referencia bibliográfica como las NOTAS que sean aclaratorias o informativas, irán siempre al final del artículo, correlativamente enumeradas, y no en la página en que corresponda insertar la cita.*

El Consejo Editorial y de Redacción de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario rechazará los trabajos que no cumplan las normas de publicación que se indican.

Se informa que en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, los datos personales facilitados a Revista Crítica serán tratados de forma confidencial y quedarán incorporados a los respectivos ficheros de los que es responsable el Colegio de Registradores, con las finalidades que se detallan en el Registro General de Protección de Datos, no siendo utilizados para finalidades incompatibles con estas. Los datos recabados podrán ser cedidos en los casos previstos para cada fichero en dicho Registro. La Revista Crítica pone en conocimiento su política de privacidad, disponible en su página web. Le informamos que la Revista Crítica asegura el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en los términos establecidos en la legislación vigente, pudiendo utilizar para ello cualquiera de los canales de comunicación del Colegio de Registradores, con domicilio en la calle Diego de León nº 21, 28006 Madrid, utilizando el servicio de Soporte LOPD (902181442 / 912701699), a través de la dirección de correo electrónico soporte.lopd@corpme.es.

Suscripción anual: 120,99 €
Número suelto: 23 €
ISSN 0210-0444