

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO
INMOBILIARIO



Año C • Enero - Febrero • Núm. 807

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 C • Enero - Febrero 2025 • Núm. 807

REVISTA BIMESTRAL



FECYT-177/2024

Fecha de certificación: 6 de octubre de 2014 (4ª convocatoria)
Válido hasta: 24 de julio de 2025

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
Marca Comunitaria N.º 013296281

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

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

ÓRGANOS RCDI

Presidente

Don Francisco Javier Gómez Gáligo

Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito a la DGSJFP

Secretario

Don Basilio Aguirre Fernández

Consejero de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

Comité editorial

Doña María Emilia Adán García

Decana del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Francisco Javier Gómez Gáligo

Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito a la DGSJFP

Don Basilio Aguirre Fernández

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

Don Celestino Pardo Núñez

Consejero de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

Don Francisco Marín Castán

Consejero de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

Consejo Científico

Don Fernando Muñoz Cariñanos

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Manuel García García

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Antonio Pau Pedrón

Ex Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

Don José Poveda Díaz

Ex Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Juan Pablo Ruano Borrella

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Juan Sarmiento Ramos

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Carlos Lasarte Álvarez

Catedrático de Derecho Civil de la UNED de Madrid

Don Antonio Manuel Morales Moreno

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid

Don Ángel Rojo Fernández-Río

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid

Don Fernando Curiel Lorente

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Francisco Javier Gómez Gállego

Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito a la DGSJFP

Don Juan María Díaz Fraile

Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito a la DGSJFP

Don Fernando Pedro Méndez González

Ex Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Vicente Domínguez Calatayud

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Celestino Pardo Núñez

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Eugenio Rodríguez Cepeda

Ex Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Juan José Pretel Serrano

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Alfonso Candau Pérez

Ex Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Luis Fernández del Pozo

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Cándido Paz-Ares Rodríguez

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid

Don Gonzalo Aguilera Anegón

Ex Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Basilio Aguirre Fernández

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Doña Carmen Alonso Ledesma

Catedrática Emérita de Derecho Mercantil Universidad Complutense de Madrid

Don Andrés de la Oliva Santos

Catedrático Emérito de Derecho Procesal Universidad Complutense de Madrid

Don Fernando de la Puente Alfaro

Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito a la DGSJFP

Don Joaquín Delgado Ramos

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Manuel Espejo Lerdo de Tejada

Catedrático de Derecho Civil Universidad de Sevilla

Don Antonio Fernández de Buján

Catedrático de Derecho Civil Romano Universidad Autónoma de Madrid

Doña María Paz García Rubio

Catedrática de Derecho Civil Universidad de Santiago

Don Eugenio Gomeza Eleizalde

Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito a la DGSJFP

Don Vicente Guilarte Gutiérrez

Catedrático de Derecho Civil Universidad de Valladolid

Don Guillermo Jiménez Sánchez

Catedrático Emérito de Derecho Mercantil Universidad de Sevilla

Don Francisco Marín Castán

Ex Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo

Doña Cristina Martínez Ruiz

Registradora de la Propiedad y Mercantil

Don Fernando Pantaleón Prieto

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid

Doña María Ángeles Parra Lucán

Magistrada de la Sala Primera del Tribunal Supremo Catedrática de Derecho Civil Universidad de Zaragoza

Doña Juana Pulgar Ezquerria

Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid

Doña Encarnación Roca Trías

Magistrada del Tribunal Constitucional

Don Ignacio Sancho Gargallo

Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo

Don Ignacio Tirado Martí

Profesor de Derecho Mercantil Universidad Autónoma de Madrid

Don Ángel Valero Fernández-Reyes

Registro de la Propiedad y Mercantil

Doña Fátima Yañez Vivero

Catedrática de Derecho Civil UNED Madrid

Don Manuel Ballesteros Alonso

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Doña Guadalupe Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos

Secretaria General del Consejo de Estado

Doña Piedad García-Escudero Márquez

Catedrática de Derecho Constitucional de la UCM y Letrada de las Cortes Generales

Doña Pilar Palazón Valentín

Registradora de la Propiedad

Don Juan Luis Gimeno Gómez Lafuente

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Dña. María José de la Fuente y de la Calle

Letrada y Ex Presidenta del Tribunal de Cuentas.

Dña. María José García Valdecasas

Abogada del Estado y letrada del Tribunal Constitucional.

Dña. Esther Muñiz Espada

Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid.

D. Juan José Jurado Jurado

Registrador de la Propiedad y Mercantil.

SUMARIO / SUMMARY

Págs.

ESTUDIOS/STUDIES

- MARTÍNEZ-PÉREZ, Fernando: Historia del Registro de la propiedad colonial en Guinea (1888-1948) / *Colonial Land Registry history in Guinea (1888-1948)* 13
- TORRUBIA CHALMETA, Blanca: El tratamiento concursal del *factoring* / *The bankruptcy treatment of factoring* 73

ESTUDIO LEGISLATIVO / LEGISLATIVE STUDY

- CAMACHO GONZÁLEZ, Blas y GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: Eficacia de la reserva de dominio en caso de exoneración del pasivo insatisfecho al comprador concursado en la ley de segunda oportunidad / *The reservation of ownership in the event of exoneration of the unsatisfied liability to the bankrupt buyer in the second chance law...* 129

DICTÁMENES Y NOTAS / LEGAL OPINIONS AND NOTES

- JEREZ DELGADO, Carmen: Los MASC, tras la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia / *Alternative Dispute Resolutions in Spanish current law...* 191

DERECHO COMPARADO / COMPARATIVE LAW

- ANDRADES NAVARRO, Agustín: La usucapión inmobiliaria y el registro de la propiedad en Italia: un análisis comparativo con el Derecho español / *Real estate adverse possession and the property register in Italy: A small comparative analysis with Spanish law* 229

**RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL / / RESOLUTIONS
OF THE GENERAL DIRECTORATE OF LEGAL SECURITY AND
PUBLIC FAITH**

Resumen de Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Coordinado por Juan José Jurado Jurado	277
---	-----

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / JUDICIAL STUDIES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

— El sistema de vivienda nido: ventajas, inconvenientes y la improcedencia de su imposición sin acuerdo de las partes / <i>The nest house system: advantages, dis- advantages and the inappropriateness of its imposition without the agreement of the parties</i> , por Elena FER- NÁNDEZ DE LA IGLESIA.....	313
--	-----

1.2. Derecho de familia

— El interés superior del menor y el canon de razona- bilidad reforzada en situaciones de riesgo y des- amparo: actuaciones de protección, acogimiento y adopción (y II) / <i>The best interests of the minor and the canon of reinforced reasonableness in situa- tions of risk and neglect: protection, foster care and adoption actions</i> , por Ana Isabel BERROCAL LAN- ZAROT.....	331
--	-----

1.3. Derechos reales

— El acuerdo de prohibición de los arrendamien- tos turísticos en la propiedad horizontal a través de la jurisprudencia / <i>The prohibition of tourist rentals in condominiums through jurisprudence</i> , por María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA.....	437
---	-----

1.4. Sucesiones

— Repudiación de la herencia e imputación de donacio- nes / <i>Repudiation of the inheritance and imputation of donations</i> , por M. ^a Isabel DE LA IGLESIA MONJE...	459
--	-----

1.5. Obligaciones y contratos	
— Contrato de seguro: la doctrina del TS en materia de cláusulas delimitadoras del riesgo y limitativas de derechos / <i>Insurance contract: the Supreme Court's doctrine on clauses delimiting risk and limiting rights</i> , por Robert REINHART SCHULLER	475
1.7. Concursal	
— Vivienda habitual hipotecada y concurso de acreedores tras la ley 16/2022, de 5 de septiembre / <i>Mortgaged habitual residence and bankruptcy afeter law 16/2022, of september 5</i> , por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS.	497
2. MERCANTIL DERECHO DE SOCIEDADES	
— Administradores y libro registro de acciones nominativas / <i>Directors and registered shares book</i> , por Francisco REDONDO TRIGO	513
3. URBANISMO	
— Notas marginales generadas en expedientes de expropiación forzosa, con especial consideración de la de inicio / <i>Marginal notes generated through an expropriation procedure, with special regard to the one recording the commencement of it</i> , por Eugenio-PACELLI LANZAS MARTÍN.	527
ACTUALIDAD JURÍDICA / LEGAL NEWS	
Información de actividades	545
RECENSIÓN BIBLIOGRÁFICA / BIBLIOGRAPHY INFORMATION	
GOÑI HUARTE, Elena, <i>Rebus sic stantibus y pactos económicos familiares</i> , Aranzadi, 2023, 166 pp., por Diego FIERRO RODRÍGUEZ	549

ESTUDIOS

Historia del Registro de la propiedad colonial en Guinea (1888-1948)¹

Colonial Land Registry history in Guinea (1888-1948)

por

FERNANDO MARTÍNEZ-PÉREZ
Profesor titular de Historia del Derecho
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN: Tras los fracasos durante el siglo XIX para hacer de Guinea una colonia de asentamiento, el sistema de publicidad inmobiliaria que se estableció en el siglo XX respondió a dos propósitos: que fuera institucionalmente barato y que permitiera una ágil y económica negociación de los títulos para unos colonos europeos que no pretendían hacer de aquella tierra hogar ni patria, sino especular con la riqueza generada allí. Como consecuencia, se optó por implantar algunos elementos del sistema *Torrens* que favorecían la movilidad. Pero se desecharon otros que tenían una dimensión constituyente de nueva propiedad como la perfecta identificación de la finca, el carácter inatacable de los títulos, la responsabilidad del Estado o la consideración del registrador como un juez territorial. El tipo de Registro finalmente adoptado consistió, sin embargo, en la trasposición del sistema que regía en España, con unas desusadas facilidades para la movilidad del sistema australiano, y todo ello mediatizado por fenómenos no previstos, como la necesidad de legitimar la propiedad individual indígena. Estos factores unidos a la desproporción entre la complejidad técnica del sistema y la falta de personal especializado para su gestión explican que, antes que una herramienta para la constitución y garantía de nueva propiedad, el Registro pudo convertirse en un obstáculo. Aunque Guinea ecuatorial, a diferencia de otras experiencias coloniales, fue un fallido laboratorio de soluciones de registración, sí demostró, contra lo que doctrinalmente se afirmaba en la Península, la posibilidad de la integración institucional del Registro con un Catastro dependiente.

ABSTRACT: After the attempts to turn Guinea into a settlement colony during the 19th century failed, the land registration system that was established in the 20th century served two purposes: being institutionally cheap and to allowing an agile and economical negotiation for european settlers who did not intend to make that land their homeland, but merely to speculate with the wealth generated there. In consequence, it was decided to institute some elements of the Torrens system that favoured mobility. But others that had a constituent meaning of new ownership were discarded, such as the perfect identification of the estate, the indefeasibility of titles, the accountability of the State or considering the registrar as a territorial judge. Nonetheless, the type of registration that was finally adopted consisted in the transposition of the land law system that governed in Spain, with some facilities for the mobility of the Australian system. All of this was obstructed by unforeseen phenomena in colonial policy like the necessity to legitimize indigenous private ownership. These factors, as well as the disproportion between the technical complexity of the system and the lack of specialized personnel for its management explain how, before being a tool for the constitution and guarantee of new property rights, the Registry had perhaps become an obstacle. Nevertheless, and even though Equatorial Guinea, unlike other colonial experiences, was a failed laboratory for registration solutions, it was proven —against what was claimed by 20th century legal doctrine in Spain— that an institutional integration of a Registry with a dependent Cadastre was feasible.

PALABRAS CLAVE: Registro de la propiedad, Historia, Guinea Ecuatorial, Colonialismo, Catastro, sistema Torrens

KEYWORDS: Land Registry, History, Equatorial Guinea, Colonialism, Cadastre, Torrens system.

SUMARIO: I. EL SISTEMA *TORRENS* DE PUBLICIDAD INMOBILIARIA EN EL REFORMISMO ESPAÑOL FINISECULAR. I.1. *TORRENS* PARA ESPAÑA: MOVILIDAD Y PRINCIPIO CONSTITUYENTE DE PROPIEDAD. I.2. LA INVENCION DE LA EXCEPCION FILIPINA DE UN *TORRENS* COLONIAL ESPAÑOL. I.3. LIBROS “CATASTROS” Y REGISTROS DE CONCESIONES EN GUINEA.—II. “NI PARA ASENTAR UN HOGAR, NI PARA BUSCAR UNA PATRIA”. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN GUINEA (1904-1926). II.1. DE LA SENCILLEZ DE LA LEY AL FÁRRAGO REGLAMENTARIO (1904-1905). II.2. PRACTICA DEL SISTEMA. II.3. *TORRENS* EN OTRA ÁFRICA ESPAÑOLA. EL PASTICHE SAHARAUI DE GUINEA Y LA IMITACION DEL PROTECTORADO FRANCÉS.—III. NUEVAS ESTRATEGIAS COLONIALES. PROPIEDAD INDIVIDUAL INDÍGENA Y EXPLOTACION FORESTAL DEL CONTINENTE. III.1. LA VISITA DE INSPECCION DEL REGISTRADOR SERRANO UBIERNA. III. 2. SUSPENSION DE CONCESIONES Y FAVORECIMIENTO DE LA PROPIEDAD INDIVIDUAL INDÍGENA. III.3. EL REGISTRO TE-

RRITORIAL EN GUINEA. EXCEPCIÓN COLONIAL DE INTEGRACIÓN DE CATASTRO Y REGISTRO.—IV. ECOS DE LA REFORMA HIPOTECARIA EN LA COLONIA. IV.1. LA NEGACIÓN DEL MODELO *TORRENS* EN LA POSGUERRA CIVIL. IV.2. CONSTITUCIÓN DE PROPIEDAD PRIVADA COLONIAL FRANQUISTA.

I. EL SISTEMA *TORRENS* DE PUBLICIDAD INMOBILIARIA EN EL REFORMISMO ESPAÑOL FINISECULAR

I.1. *TORRENS* PARA ESPAÑA: MOVILIDAD Y PRINCIPIO CONSTITUYENTE DE PROPIEDAD

En la última década del XIX, los círculos jurídicos españoles no eran ajenos a la moda que había alcanzado el sistema australiano de registración de la propiedad también conocido como Acta *Torrens* que, con múltiples variantes, llegó a conformar en la primera mitad del siglo XX uno de los modelos de publicidad inmobiliaria reconocidos en el derecho comparado moderno². Este sistema, reducido a sus elementos esenciales, destacaba para sus coetáneos en España por hacer posible una extrema y muy barata movilización de la propiedad inmueble, a través de la construcción de un “título real” que incorporaba el derecho sobre la finca y en el que debían añadirse cuantas vicisitudes de transmisión, modificación o extinción de la propiedad o derechos reales se produjeran ulteriormente. De manera que las transmisiones de los inmuebles podían llegar a efectuarse por mero endoso. La construcción de este título era resultado de un complejo proceso de identificación de la finca y de su situación jurídica en el que el encargado del Registro resumía, cancelaba —o desconocía— cualquier situación jurídica previa. La finca era una realidad física exclusiva que se concretaba en que ese título venía siempre acompañado de un plano levantado por profesionales técnicos, agrimensores o topógrafos. El “título real”, así construido, tenía carácter absolutamente inatacable cuando se coordinaba con la inscripción en un Registro Central, de manera que no podía verse desvirtuado prácticamente en caso alguno. Para los supuestos en los que con posterioridad quedaran acreditados errores en la construcción del título, la satisfacción del verdadero dueño no se producía mediante la nulidad del “título real” erróneo, sino mediante una indemnización con cargo a un seguro habilitado y sufragado por el Estado, cuyo fondo se nutría de una tasa que se devengaba a todos los usuarios de este sistema de publicidad en el momento de realizar la inscripción³.

Pero, más allá de estos caracteres, el sistema *Torrens* partía de la petición de un principio, que puede resultar quizás obvio a los historiadores, pero que suele perderse de vista en los análisis de derecho inmobiliario comparado. Este principio, de fundamento feudal y consustancial a los derechos inmobiliarios del

common law, era el que atribuía a la Corona la propiedad de todas las tierras⁴. De manera que el carácter inatacable del título real constituido por el Estado, el fondo de garantía provisto por el mismo Estado para indemnizar los errores en la constitución del título, la consideración del registrador como juez territorial, o incluso, en algunos casos, el carácter obligatorio de la primera inscripción, no serían sino sus corolarios. Este principio, verdaderamente constituyente (y no la seguridad, menores costos y facilidades de movilidad de la negociación inmobiliaria con Acta *Torrens*) es el que mejor permite distinguir el anglosajón sistema australiano de otros “Registros de derechos”. Efectivamente, hoy ya se puede sostener solventemente que, más que innovación anglosajona, el sistema se incardinaba genuinamente en la familia de los Registros de derechos de impronta germánica⁵. Sin embargo, el debate suscitado sobre cuánto de germánico tenía el acta australiana en sus orígenes no nos resulta interesante por hacer más o menos justicia al colaborador prusiano de *Torrens*. Si el debate merece ser traído aquí a colación es porque pone de manifiesto que, incluso en el momento primigenio de su gestación, el acta australiana bien podía resultar de un proceso de hibridación, que no dejó de reproducirse a lo largo del ochocientos y primer novecientos, dando lugar a otras mutaciones y variantes, e incluso a su asunción en otras latitudes con algunos “correctivos”⁶.

Dicho en otros términos, por sobre otras consideraciones aventuro que el impacto (para su adopción, pero también para su rechazo) que generó el sistema *Torrens* en este momento finisecular en toda Europa no tuvo tanto que ver con algunos de sus efectos comprobados en la experiencia australiana, y ni siquiera con su naturaleza de medio constitutivo de la titulación en las transferencias de la propiedad, sino con ese elemento autoritativo de la intervención del Estado en la definición de la propiedad y en la organización de un espacio que se suponía o pretendía “nuevo”. Ejemplos de sistemas de publicidad inmobiliaria constitutivos de derechos ya se habían dado en la historia del derecho europeo. Sin embargo la idea de incorporar el sistema *Torrens* en la vieja Europa resultaba tan atractiva (pero también, para algunos, tan peligrosa) porque suponía asumir la petición de ese principio de titularidad estatal de las situaciones de dominio, con la consecuencia de que podía llegar a plantearse una abrogación masiva de las titularidades preexistentes para su reseteo sin excepciones a través de su deslinde generalizado ordenado como expresión de la soberanía del propio Estado. De manera que, si podía ensayarse sin peligro en espacio colonial, era mucho más difícil que fuera admitido en el metropolitano⁷.

Joaquín Costa se arrogaba en su conocida obra sobre la *Reorganización del notariado, el Registro de la propiedad y la administración de justicia*⁸, el papel de pionero en haber dado a conocer el sistema en España desde 1883⁹. Siete años más tarde podía además jactarse de que la introducción del sistema australiano

hubiera cundido en múltiples iniciativas, pero todas conducentes a simplificar y abaratar los costes de la negociación inmobiliaria¹⁰. Pues, en efecto, si en aquellos años en España se invocaba el sistema australiano era por uno de sus rasgos esenciales de procurar una muy ágil y, sobre todo, económica transmisión y negociación de los inmuebles. Hasta el punto de que “*Torrens*” era sinónimo de “movilización de la propiedad”, sin preocuparse por esos otros elementos que también resultaban consustanciales a este modelo, y que tenían que ver con esa constituyente dimensión registral¹¹. Esto es, se buscaba simplificar y abaratar los costes de transacción y de la hipoteca (esto último gracias a la figura de la pignoración del título real), sin poner mucha atención en otros elementos de publicidad inmobiliaria y seguridad jurídica preventiva del sistema australiano que se deducían de la *Registration of titles Act* de 1858. Si dejamos a un lado las múltiples iniciativas que proponían combinar el régimen vigente de la Ley Hipotecaria con esas facilidades de movilización del acta australiana, no había en el arranque de la década de los noventa en España, salvo una excepción, iniciativa oficial alguna para el ensayo del sistema australiano en los territorios ultramarinos españoles¹².

I.2. LA INVENCION DE LA EXCEPCION FILIPINA DE UN *TORRENS* COLONIAL ESPAÑOL

La excepción era Filipinas, aunque la atribución de estar ante un ensayo *Torrens* en aquel archipiélago no fue nacional sino foránea¹³. Allí, en los años ochenta el Gobierno había adoptado algunas disposiciones para la composición o legitimación de ocupaciones de bienes realengos¹⁴. Solo allí, respecto de estos bienes vacantes y en mayor medida que en las Antillas (y, por supuesto, a diferencia de la Península) podía partirse del presupuesto, tan natural al sistema australiano, de que el Estado era el propietario de toda la tierra y que no había propiedad privada por entonces sino como resultado de la tolerancia o concesión del Estado. Esto es, la conveniencia de legitimar, no cualquier tipo de ocupaciones de bienes, sino los realengos en aquellas islas era lo que permitía calificar allí algunos procedimientos de reconocimiento registral de propiedad como procesos de formación de títulos propios del sistema australiano. Porque solo allí en Filipinas también se daba la condición tan favorable para hacer un cambio radical en el sistema de publicidad inmobiliaria de no haber *de hecho* ni Registro de la propiedad, ni antecedente de Contaduría, Anotaduría u Oficio de hipotecas¹⁵.

Una vez que la composición de los realengos entró en las clasificaciones del comparatismo colonial europeo como especie española de sistema *Torrens*, se generó el curioso retorno de su reconocimiento como tal especie por la ciencia jurídica española¹⁶. Esta identificación siguió produciéndose incluso más allá del desastre de 1898 en un hilo que, a los efectos de este trabajo, ya no podemos

seguir más aquí¹⁷. Sin embargo, en España no dejaron de oírse las voces de quienes cuestionaron el parentesco, no solo por discutir genealogía, sino también porque desde una posición crítica con el sistema *Torrens* negaron la petición del principio sobre el que estaba asentado¹⁸. En estos primeros años noventa en la Península se discutía si este sistema respondía a la escuela individualista, socialista o utilitaria. Existía, en todo caso, un consenso sobre que era desaconsejado e incluso peligroso para las naciones “viejas”¹⁹.

I.3. LIBROS “CATASTROS” Y REGISTROS DE CONCESIONES EN GUINEA

En las posesiones “nuevas” de la Guinea española, periferia colonial de la periferia ultramarina, que había quedado fuera de foco de todos los debates sobre regímenes hipotecarios, se venían haciendo desde 1858 de forma esporádica sin mucha convicción ni fortuna algunos ensayos de colonización que se concretaban en la utilización del instrumento de la concesión de tierras a favor de aventureros y desesperados colonos, trabajadas forzosamente por unos también forzosamente desplazados y siempre insuficientes braceros negros²⁰. Incluso después del reparto del continente en 1885, los problemas para la explotación de la colonia no tuvieron tanto que ver con el régimen hipotecario o con la atracción de capitales y colonos europeos, sino con la falta de mano de obra que, en estado de neoesclavitud, poder traer a la isla de Bioko (SUNDIATA, 1996). La dimensión constitucional de la cuestión de los “braceros” es de sobra conocida y ha sido suficientemente tratada por todo tipo de historiografía, también la que nos es más familiar²¹. Esta cuestión condiciona permanentemente la historia de propiedad colonial que aquí nos interesa.

Todos esos intentos tenían normativamente un esquema común consistente en una disposición orgánica del diseño de las autoridades para aquellas posesiones que incorporaba o se acompañaba inmediatamente de una norma que arreglaba el régimen de concesión de terrenos para su explotación colonial y de reconocimiento de situaciones previas²². Respecto de los indígenas, solo fue a partir del estatuto orgánico de 1868, cuando se les reconoció como “hijos del país” unos derechos de propiedad, (justificados sobre las antiguas Leyes de Indias) que, sin embargo, también venían acompañados de deberes de prestación forzosa de trabajo personal²³. En el caso de las posesiones españolas de Guinea, los repetidos fracasos de esta aventura colonial, y los muy magros beneficios que ya cabía esperar de la misma a final de siglo, daban pie a que el diseño institucional se rodease de precauciones para que la colonización no generase demasiados gastos al Estado²⁴.

Pues bien, mientras en la Península se discutía sobre la adopción en la metrópoli del sistema *Torrens*, y sobre si lo que se estaba introduciendo en Filipinas era esto u otra cosa, desde ese rincón del continente africano, su gobernador se dirigió al Ministerio de Ultramar pidiendo infructuosamente un Registro de propiedad²⁵. Cuando el gobernador general hizo esta petición regía el decreto orgánico de 17 de febrero 1888²⁶ y un reglamento de finalidad fundamentalmente fiscal sobre “concesiones, cambios dominio e impuestos sobre ellos” de septiembre de 1891²⁷. Obviamente, para la consecución de estos propósitos fiscales era preciso no solo conocer la atribución de estas concesiones, y de las transferencias de su dominio, sino también la situación de cualesquiera otros terrenos reducido a cultivo en las que los dueños no hubieran solicitado título de propiedad, así como de aquellos que los dueños hubieran ocupado, o roturado arbitrariamente respecto de los concedidos. La publicidad de todas situaciones se confiaba a que todos estos terrenos estuvieran “inscritos” (art. 6).

Sin perjuicio de lo que se indicará oportunamente, no parece que la petición del gobernador viniera obligada por un sensible incremento en el movimiento de la propiedad, sino, más bien, por el abandono de la situación registral de esas concesiones una vez que las mismas se inscribían a favor de primer concesionario en unos libros que el gobernador llamaba de “catastros”²⁸. La respuesta del Ministerio fue negativa y basada en el escasísimo movimiento de la propiedad que se observaba en la colonia y en los crecidos gastos que el establecimiento del Registro comportaría. Aunque ello no era óbice para que se ordenara a este funcionario que tomase medidas para saber a quiénes pertenecían las fincas que habían ido cambiando de manos desde una primera concesión y, acto seguido, utilizase esos “catastros” para reflejar en los mismos esas transmisiones, pues esos libros habrían de servir de base al futuro Registro de la propiedad, por entonces prematuro²⁹.

Sin perjuicio de los motivos de fondo que llevaban a desechar de momento la idea de un Registro de la propiedad en Santa Isabel, es cierto también que la frustrada solicitud del gobernador se enmarcaba en esos primeros años noventa en un aumento del interés desde la metrópoli en invertir en esa colonia, fundamentalmente en el cultivo del cacao, sobre todo tras la apertura de los puertos peninsulares y el establecimiento de una línea regular, aunque de escasa frecuencia, que unía Santa Isabel con Barcelona. Este cambio también puede apreciarse en el incremento de las solicitudes de concesiones de gran extensión que llegaron al Consejo de Filipinas y posesiones en Guinea, cuya resolución pone de manifiesto que el decreto de 1888 en la parte de arreglo de la propiedad colonial y el reglamento de 1891, por su naturaleza eminentemente fiscal, se habían quedado muy cortos o resultaban ya obsoletos. Aventuro que las expectativas sobre el incremento del tráfico con la colonia derivada de la explotación del cacao por

capitalistas fundamentalmente catalanes pudo llevar a las autoridades a terminar de desechar un frustrante modelo de colonización de asentamiento que resultaba ruinoso para las además apuradas arcas del Estado, en cuanto basado en la difícil atracción a latitudes ecuatorianas de colonos dispuestos a establecerse, y en la subvención de unas ayudas que no sólo eran monetarias sino también de preciada mano de obra negra.

En efecto, a golpe de resolución en los expedientes de concesiones fueron añadiéndose nuevos requisitos y condiciones para su otorgamiento y, por lo que aquí interesa, también para su inscripción y publicidad. Las dos adiciones más interesantes que se introdujeron en el régimen de concesiones fueron la exigencia en 1893 de memoria y plano para todas las solicitudes de concesión que pasasen de 50 hectáreas³⁰; y la formación de unos nuevos títulos de propiedad elaborados por el gobernador y convalidados por el Consejo³¹. En noviembre de 1897 el Ministerio de Ultramar aprobó un nuevo reglamento de concesiones que el gobernador general de Guinea había propuesto algunos meses antes. De esta norma ha de interesarnos aquí su art. 7:

“Al expirar el tercer año de la concesión solicitará el concesionario del Sr. Gobernador general el título de propiedad definitivo, acompañando a dicha petición una certificación de medición y un plano exacto del terreno, en el que conste el estado en que se halla de cultivo la parte concedida, y pudiendo el Gobierno disponer libremente de la parte no cultivada.= El plano y la certificación de medición se llevará a cabo por el inspector de Colonización, quedando dichos documentos en la Secretaría del Gobierno general para la formación del libro del Catastro, siendo de cuenta del propietario los gastos que dichos trabajos ocasionen.”³²

Un Registro de la propiedad, como hemos visto, todavía podía parecer prematuro en 1893. Cuatro años más tarde, cuando en los círculos metropolitanos españoles y europeos se extendía la necesidad de la elaboración de un catastro y la moda de la implantación del sistema *Torrens* para los países “nuevos”, no resultaría extraño ver en el tenor de esta disposición algo más que una precaución del Gobierno frente a la voracidad especulativa de algunos solicitantes de concesiones guineanas. Sin embargo, sería un espejismo. Porque para el Consejo de Filipinas, esta propuesta del gobernador no era otra cosa que una consolidación de la norma de 1891 con alguna de las modificaciones que se habían ido aprobando después³³. El reglamento seguía teniendo una finalidad eminentemente fiscal, además de responder de una forma más contundente contra las facilidades para la especulación a las que los anteriores regímenes de concesión habían dado pábulo. En este sentido, el articulado de la disposición no sólo consideraba toda concesión como de propiedad “provisional”, sino que estrechaba a los concesionarios con obligaciones formales y de cumplimiento de condiciones sustantivas,

y fundamentalmente tributarias, para la obtención de un título definitivo, so pena de caducidad y reversión al Estado de lo concedido. En definitiva, el examen de los expedientes relacionados con la corta vigencia de la disposición de 1897 impide calificar la exigencia contenida en ese precepto como elemento preparatorio de la introducción del acta australiana para Guinea³⁴.

II. “NI PARA ASENTAR UN HOGAR, NI PARA BUSCAR UNA PATRIA”. LA CREACIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN GUINEA (1900-1926)

II.1. DE LA SENCILLEZ DE LA LEY AL FÁRRAGO REGLAMENTARIO (1904-1905)

La situación cambió con el nuevo siglo, no tanto porque se hubiera incrementado la necesidad y el volumen de las inscripciones tras el reglamento de concesiones de 1897, cuanto porque tras el desastre de 1898 y la decepcionante negociación con Francia para el reconocimiento de la soberanía española de unos, a la postre, muy menguados territorios de Guinea, las posesiones africanas eran prácticamente las únicas sobre las que España podía desarrollar un papel conscientemente humilde y secundario en la colonización europea de este continente.

Apenas un mes después de la firma del Tratado de París, se decidió la suspensión de las concesiones de terrenos en Guinea (RO de 19 de julio de 1900). Esta decisión tuvo más que ver con la necesidad de poner orden en el nuevo espacio que se había reconocido a España, que con poner coto a los abusos que se habían introducido en la ejecución del Reglamento de concesiones de 1897. Sin embargo, aunque el escenario fuera propicio para el establecimiento de un nuevo Registro, todavía en la *Memoria* que el ministro de Estado presentó a las Cortes en enero de 1904, referida a la situación de la colonia en el año anterior, no se destacaba como una necesidad imperante la organización de un moderno Registro de la propiedad. Y ello a pesar de que en el adjunto informe del secretario general de la colonia, que desempeñaba la función de registrador de concesiones, se hubiera aludido a la necesidad del establecimiento de esta institución. Este informe no solo revela el prácticamente insignificante movimiento de la propiedad de la colonia a principio de siglo³⁵, sino algo mucho más trascendente a los efectos de este trabajo, y es que el tipo de Registro moderno en el que estaba pensando este letrado no era otro que uno basado en la trasposición de la Ley Hipotecaria de la Península y de las que habían regido en las Antillas. El proyecto de un sistema de publicidad inmobiliario en este informe resultaba de objetivo desmedido

además respecto de la desastrosa situación que ese mismo funcionario describía a las alturas de 1903³⁶.

Este contexto y el más inmediato de asunción por el Ministerio de Estado de la nueva política colonial, que pronto se dotó de una Junta Consultiva, explican la enorme desproporción entre el diseño de la normativa orgánica, verdaderamente constituyente, para aquellas posesiones y lo endeble de los recursos institucionales arbitrados para ponerla en ejecución. En efecto, como es sabido, la constitución de la colonia recibía una nueva planta con un decreto orgánico de 1904 en el que ya puede apreciarse esa desproporción. Acto seguido, el Ministerio de Estado proyectaba un decreto referido a la propiedad que terminaba con una serie de preceptos dedicados a su Registro.

En este anteproyecto ministerial se partía de la ficción colonial sobre la inexistencia de propiedad previa que no hubiera sido otorgada por el Estado. De manera que las situaciones anteriores bien debían estar en grado de acceder al nuevo Registro, bien debían considerarse caducadas por incumplimiento de las condiciones de la concesión con la consecuencia de su reversión al Estado. Que originariamente toda propiedad territorial en los países coloniales pertenecía al Estado constituía un principio fundamental de la propiedad colonial que España trataba de justificar también con apoyo en las viejas Leyes de Indias, que solo operaban como depósito de autoridad de ese aserto³⁷. Guinea se pensaba en el texto ministerial como colonia de explotación en la que habían de maximizarse los beneficios con los mínimos recursos no sólo institucionales, sino de capitales e infraestructuras. Bien avisados por una experiencia previa de la dificultad de hacer de aquellas posesiones una colonia de asentamiento, se reconocía abiertamente que había de confiarse esa explotación a capitales extranjeros a los que había que dar facilidades para una actividad especulativa. A diferencia de la experiencia australiana, para los autores del anteproyecto ministerial Guinea no era tierra “ni para asentar un hogar, ni para buscar una patria”:

“Por lo que atañe a Guinea una consideración se impone y es la de que allí, a diferencia de lo que en Australia sucede, el propietario no fija su residencia con ánimo de permanecer. A las comarcas ecuatoriales el europeo va en busca de empresas, de lucros para el capital, de satisfacciones para el espíritu de aventura, nunca de patria ni de asiento para su hogar. Tan pronto como puede, el colono regresa a su país de origen y lleva consigo, claro es, cuanto le interesa: los documentos justificativos, pues, de sus derechos”³⁸.

El planteamiento resultaba coherente con la comprensión que, de este modelo, había cundido en el reformismo hipotecario hispano de finales del siglo XIX. Esto es, con un entendimiento del Acta *Torrens* enfocado a fomentar la movilidad de los llamados “títulos reales”. Los autores del anteproyecto ministerial hacían explícitos los ejemplos que habían tenido presentes para la elaboración del texto,

en las que las referencias se repartían en igual proporción entre la legislación hipotecaria peninsular (integrando ya las disposiciones del Código civil), de un lado, y, de otro lado, las normas que arreglaban el sistema *Torrens* y sus derivados con ciertas modificaciones en otras colonias y territorios³⁹.

Pero para las posesiones ecuatoriales españolas era menester apartarse bastante de estos ejemplos. Se asumía, eso sí, en línea de principio y como rasgo común “de todo derecho moderno”, que debía habilitarse un verdadero Registro de la propiedad que diese la publicidad necesaria como base segura de dominio y el crédito a toda constitución, desmembración y modificación de la propiedad. Pero, salvando este punto de partida, ya empezaba a mostrarse la rancanería institucional, pues ese nuevo Registro, que habría de sustituir a los libros “catastros” de concesiones, no se encargaba a un funcionario de carrera especializado, sino que esa función debía seguir siendo realizada por el secretario del gobernador general, como único funcionario letrado al que podía encomendársele. Pues parecía bastante evidente que no podía acumularse la función de calificación ni al juez de primera instancia —encargado precisamente de la inspección del Registro— ni mucho menos —por un también manifiesto conflicto de intereses— al administrador de Hacienda, pues este era quien desempeñaba la Notaría de Santa Isabel.

Ahora bien, el alejamiento respecto de otros ejemplos de Acta *Torrens* no sólo era consecuencia de esta tacañería institucional, sino también de un diagnóstico de la situación de la propiedad colonial en Guinea respecto de la presente en otros territorios coloniales donde se había introducido el sistema australiano. Venía a decirse en la justificación del proyecto que, a diferencia de lo que podía ocurrir en Túnez, Argelia, la India o Madagascar, ni había en Guinea restos poderosos de una antigua y complicada organización de la propiedad indígena, ni la presencia de los europeos había generado aún grandes intereses y derechos sin conocimiento del Estado. Esto es, con alguna excepción (como las concesiones otorgadas según el reglamento de 1897 y anteriores, “o los terrenos cuyo dominio va a reconocerse a particulares europeos o grupos de indígenas”) no existía propiedad privada en Guinea, ni situaciones adquiridas que condicionasen al legislador en el mejor diseño de un sistema de publicidad inmobiliaria y, especialmente, respecto de una las cuestiones más difíciles que siempre había que resolver cuando trataba de implantarse el sistema del acta australiana y que consistía en el carácter obligatorio o facultativo de la inscripción⁴⁰.

La consecuencia que se derivaba de este diagnóstico era la instauración de un régimen de inmatriculación obligatoria de las concesiones que otorgaba el Estado, así como de las propiedades colectivas que ese mismo decreto de 11 de julio creaba a favor de indígenas y Consejos de vecinos. La inmatriculación de concesiones en propiedad provisional o definitiva se hacía *de oficio* una vez que el secretario del Gobierno General comprobaba que se habían cumplido las con-

diciones de su otorgamiento. La obligatoriedad de las primeras inscripciones radicaba en la caducidad de los derechos del concesionario que dejara de cumplir, no sólo las condiciones sustantivas de la concesión, sino también los deberes formales asociados a la solicitud, entre los cuales figuraba precisamente el de retirar el certificado de inscripción. El anteproyecto también consideraba como nueva concesión el reconocimiento que el Estado podía hacer de situaciones posesorias previas, o de concesiones otorgadas por las autoridades francesas o resultantes de contratos con indígenas antes de la promulgación del decreto, cuya inmatriculación se hacía bien de oficio, bien a instancia de parte, dependiendo de la capacidad del sujeto. La inmatriculación o, más bien, el traslado de los asientos de los antiguos libros catastros o registros de concesiones al nuevo Registro de la propiedad también era de oficio en este anteproyecto.

Ahora bien, una vez inmatriculado el bien, y formado a partir de ahí el *certificado de inscripción*, nombre hispano del acta *Torrens*, el sistema debía estar diseñado para no embarazar con requisitos a quienes podrían llevar en el bolsillo esos “títulos reales” y especular con ellos a miles de kilómetros. Guinea, a diferencia de Australia, no era tierra para “asentar hogar, ni formar patria”. Por eso las circunstancias desaconsejaban algo que era elemento natural del genuino sistema australiano: la coordinación entre la matriz del título registrado y su copia auténtica en manos del propietario:

“¿Cuántas dilaciones, cuan frecuente ocasión a extravíos y litigios no derivarían de la necesidad de enviar a Santa Isabel las copias auténticas de los títulos cada vez que hubiera de inscribirse algún acto concerniente a la propiedad inmueble?”

La preocupación que encerraba esta pregunta pugnaba con ese elemento esencial de la perfecta correspondencia entre el título y su duplicado auténtico. Pero para resolver el problema los autores del anteproyecto buscaban consuelo apelando a que la mayoría de las legislaciones que se habían inspirado la australiana se habían desviado de ese principio según el cual ningún acto o contrato relativo a la finca surte efecto en cuanto a tercero hasta que el Registrador lo inscribe *a la vez* en el título y la copia. Apoyados en ese vano consuelo, solo se trataba de tomar partido en una disyuntiva entre conferir valor a la copia circulante o al título registrado⁴¹. El Ministerio se decantó por “volver al sistema de nuestra ley Hipotecaria, esto es, al que no exige más que la inscripción en los libros de Registro (en Guinea, en el título)”, matizando esta solución con dos modificaciones para facilitar en lo posible las transacciones, y principalmente las que conciernen al crédito: a) declarar que las traslaciones del dominio podrán efectuarse por medio de una simple nota, puesta en la copia del título y firmada por el vendedor y el comprador; b) dar también la facultad de obtener del Registro una cédula justificativa de la existencia de ciertos derechos reales. Dicho

documento contendría la descripción del derecho y podrá expedirse a nombre de persona determinada y aun al portador, con objeto de que se transmita mediante endoso y hasta en virtud de simple entrega.

La invocación de la Ley Hipotecaria no solo contrariaba la confesada intención de buscar un modelo para la conservación y transmisión de la propiedad “no en la legislación metropolitana, sobrecargada del peso de la tradición y de los intereses creados, sino en el atrevido y original derecho de los países nuevos” sino que abría el portillo para terminar de desnaturalizar este *Torrens* hispano.

En efecto, el paso del proyecto por la Junta Consultiva del Ministerio de Estado, por un lado, confirmó el principio de que el Registro de la propiedad guineano debía ser institucionalmente barato y, por otro lado, acentuó este carácter híbrido del sistema de publicidad inmobiliario. Por lo que se refiere a lo primero, ya una ponencia sobre el anteproyecto arrojaba dudas sobre el cumplimiento de la muy optimista previsión ministerial de que la inscripción de las concesiones viniera precedida de levantamiento de planos por personal cualificado (que ya se contenía en el Reglamento de concesiones de 1897):

“El precepto del art. 7 del Reglamento que se cita, parece que no se ha cumplido. Es difícil y costoso levantar el plano, y, como no conviene legislar a sabiendas de que no se acatará lo mandado, podría modificarse este artículo (52 del anteproyecto) en el sentido de aceptar los límites o linderos que figuran en los títulos actuales, con la obligación de rectificarlos o completarlos después de desboscados o roturados los terrenos.”⁴²

La condición de que las instituciones coloniales en África no tuvieran mucho coste se apreciaba más claramente en el dictamen que el pleno de la Junta Consultiva elevó al Ministerio en marzo de 1903, y donde recordaba que el principio de hacer economías ya había guiado su dictamen sobre el anteproyecto de decreto orgánico para aquellas posesiones.

“El propósito de simplificar trámites y facilitar el desenvolvimiento de la riqueza mediante su libre circulación, ha inducido a la Junta a proponer a V.E. una organización del Registro de la Propiedad sumamente sencilla. Ya al dictaminar sobre el Anteproyecto de decreto orgánico hizo constar la Junta su resolución de huir de todo gasto superfluo, de toda expansión burocrática injustificada, de toda complicación en la vida oficial de la colonia; a ello tiende el sistema propuesto que reduce la intervención del Estado en el movimiento de la propiedad inmueble a lo que estrictamente es necesario para su garantía y seguridad, sin trabas que, además de estar en pugna con los modernos principios económicos, exigirían aumentos en el personal de aquella administración.”⁴³

Ahora bien, ese propósito de huir de gastos superfluos, de evitar toda expansión burocrática injustificada, de toda complicación en la vida oficial de la

colonia, no conducía, como suponía la Junta, a una organización del Registro sencilla. Porque, y ese ese es el segundo aspecto que me interesa aquí destacar, el tenor del proyecto que presentaba esa misma Junta Consultiva, y que modificaba sustancialmente todos los aspectos registrales del anteproyecto ministerial, venía a complicar las cosas. En el anteproyecto solo se había contemplado una forma de inmatricular a través de la formación de un título, con identificación previa de plano y expedición de su copia —remedo de acta *Torrens*—. Pero, además, cualquier transmisión, modificación, constitución, extinción o reconocimiento de derecho para surtir efectos a terceros necesariamente debería hacerse mediante la formación de un nuevo título en el que se inscribieran los actos o contratos que motivaran esos cambios. Sin embargo, en el texto salido de la Junta Consultiva se introdujo la funesta posibilidad de que la transmisión de dominio y la constitución de derechos reales pudiera hacerse por cualquiera de los medios legales, lo que unido a la posibilidad de introducir anotaciones preventivas en el Registro (que no tenían por qué reflejarse en la copia del título) y al hecho de que la inscripción y expedición del certificado del título no tuviera por consecuencia el cierre del Registro, era algo que borraba los elementos esenciales de ese certificado como título real, enervando su poder movilizador y naturaleza inatacable.

Aventuro, como explicación para esta aparentemente innecesaria complicación del sistema de publicidad, consistente en la ampliación de los medios para posteriores transmisiones del dominio, que con ello se respondía, además de a la finalidad de la movilización de la propiedad, al “espíritu” del régimen hipotecario de 1904 basado fundamentalmente en la esencial economía de empleados y señaladamente de notarios para aquellas posesiones. Era la posibilidad de una negociación extranotarial lo que estaba detrás de los preceptos pseudo-australianos del decreto de 1904. Para tal espíritu del decreto no resultaba contradictorio que se habilitasen otros medios legales para la inscripción que no se llevaban al certificado de inscripción ni tampoco que se introdujeran anotaciones preventivas⁴⁴. Como también resultaba coherente con ese espíritu modificar el carácter *de oficio* del traslado de los asientos de los antiguos libros al nuevo Registro: respecto de lo que preveía el anteproyecto, el traslado se efectuaría a instancia de parte, y a medida que fueran transmitiéndose los derechos a los que se referían esos asientos.

En resumen, el decreto no solo constituía distintos tipos de propiedad colonial siguiendo un criterio subjetivo, que encerraba también limitaciones (de un lado, las propiedades colectivas de indígenas y de los Consejos de vecinos; de otro lado, las individuales de concesionarios españoles y extranjeros), sino también un diversificado régimen de publicidad inmobiliaria. De manera que el decreto terminaba por instaurar para las colonias un Registro de derechos de terceros de inmatriculación obligatoria, pero de ulterior inscripción voluntaria, al

que se le adjuntaba la posibilidad de la negociación sobre la copia del título o los certificados de derechos que servía, fundamentalmente, para paliar la falta en las colonias de otros funcionarios que autenticasen títulos hábiles de ser inscritos en el Registro de Santa Isabel.

La Dirección General de los Registros, a la que se había dejado al margen en la preparación del decreto de 11 de julio de 1904, hizo ver, cuando se la consultó para formar el reglamento de ejecución, que el sistema de publicidad inmobiliaria tal como había quedado en esta disposición, aun basándose en el acta *Torrens*, desnaturalizaba el sistema australiano:

“Estudiada detenidamente la organización que por dicho Decreto se da al Registro de la Propiedad, se observa que en principio se acepta el sistema ideado por Sir Roberto *Torrens* para la colonia inglesa de la Australia, /.../ si bien se establecen en el propio Decreto variantes de importancia, que desnaturalizan bastante la base y fin de dicho sistema.=El principio fundamental de este se halla en efecto aceptado en el Decreto de referencia en cuanto el título de dominio de las concesiones de terrenos hechas por el Estado es el certificado de sus inscripción en el Registro (art. 29, 42, 43, 48 y 49), con lo cual el título es verdaderamente real, como en el sistema australiano y no de actos como resulta en el hipotecario notarial que rige en España; teniendo además aquellos de común, la facilidad de las transmisiones por medio de simple endoso, como permiten los arts. 44, 52 y 59 del mismo Real Decreto, la simplificación de formalidades para la realización de derechos reales y la constitución de un Registro único y general para toda la colonia, mas fuera de esto existen diferencias que distinguen grandemente una y otra organización, como son el admitir también como títulos para el reconocimiento y transmisión del dominio y derechos reales cualquier otro medio legal, incluso el contrato privado (art. 43, párrafo 3.º, 44 y 52), el no permitir la pignoración del certificado de inscripción en sustitución de la hipoteca que es uno de los efectos del sistema de *Torrens*, prescindir de la institución del seguro de la propiedad por el Estado, que es otra de las bases primordiales del mismo, y finalmente conceder al Registrador solamente facultad para extender la inscripción por fundados motivos de duda sobre la autenticidad de los documentos inscribibles o por incapacidad o carencia de derecho de las personas que los otorguen o autoricen (art. 55) cuando en dicho sistema, el Registrador tiene amplia facultad de calificación, viniendo a ser un verdadero juez de la propiedad.”⁴⁵

Pero la memoria de la Dirección General de Registros que acompañaba la propuesta del que, a la postre sería el Reglamento de 1905, no se limitaba a señalar estas y otras divergencias contenidas en el Decreto de 1904 respecto de las características del sistema *Torrens*⁴⁶. La Dirección trataba de “perfeccionar” en el desarrollo reglamentario algunos aspectos de la ley necesitados de interpretación que, precisamente, tocaban elementos claves de acta australiana⁴⁷:

“El art. 49 del Decreto presupone la existencia de estos requisitos [que a todo título de concesión preceda el deslinde y plano de los terrenos objeto de ella], disponiendo se hagan a costa del interesado, lo que indica que parte del supuesto de que en la colonia hay medios técnicos o facultativos de cumplir estos requisitos, y dada esta premisa, es indudable la conveniencia de exigirlos en todos los casos de concesión, pues basándose el régimen de la propiedad que aquel establece en el principio de que los títulos sean reales, como en el de *Torrens*, y no meramente formulario como en España, se impone como consecuencia la necesidad de que a cada título acompañe la expresión gráfica del terreno a que se refiere. Preocupación constante ha sido en la Península la idea de establecer el catastro y relacionarlo con el Registro de la Propiedad, habiendo sido inútiles los esfuerzos hasta ahora hechos, y esto que en España es sumamente difícil, puede irse implantando paulatinamente en países o territorios, por decirlo así, nuevos, como son los del Golfo de Guinea, o en lo que no hay precedentes, intereses, ni organismos ya creados, que pudieran oponerse a la innovación de que en todo título de dominio constare el plano o croquis del inmueble objeto del mismo. Si esto no obstante se creyese poco oportuna la exigencia de este requisito en todos los casos de concesión, fácil es modificar los artículos en que así se establece, sin que por ello haya que variar la estructura y restantes disposiciones del proyecto [de reglamento].”⁴⁸

La DGRN empezaba echando de menos la obligatoriedad en todos los casos de que al título acompañase la representación gráfica, y terminaba reclamando para Guinea la coordinación de Catastro y Registro. La idea que era sumamente difícil en la Península no parecía revestir especial dificultad para el territorio “nuevo” de la colonia ecuatorial donde no había “precedentes, intereses, ni organismos ya creados, que pudieran oponerse a la innovación”. Pero sobre esta augurada relación y aún integración del Catastro en el Registro volveremos más adelante.

II.2. PRÁCTICA DEL SISTEMA

La práctica del sistema deducido de esta normativa vino pronto a corroborar que su ejecución era todo menos sencilla. La farragosa normativa hipotecaria metropolitana trasplantada con el reglamento de enero de 1905 a Bioko, confiada además a un personal en modo alguno familiarizado con las sutilezas y pormenores del derecho inmobiliario y registral, generó su sonoro incumplimiento o, más bien, un cumplimiento plagado de irregularidades, omisiones y defectos técnicos⁴⁹. Para Diego Saavedra, gobernador que había sido de aquellas posesiones, el problema no lo era de falta de funcionarios técnicamente competentes, sino que

estribaba precisamente en la complejidad del sistema que se había trasladado a Guinea y que exigía para su buen funcionamiento un personal más especializado. Ciertamente hubiera convenido establecer para aquel territorio un sistema hipotecario realmente más sencillo y distinto del peninsular, pero a esas alturas hacer ese cambio radical no era algo ya viable⁵⁰.

La inspección extraordinaria ordenada por el propio Saavedra, movido a actuar por la presión de los propietarios de la colonia, ofrecía unos resultados sobre la situación el Registro guineano que se tildaba de intolerable: había tantas irregularidades como asientos⁵¹. Esta inspección, sumada a las críticas formuladas en la propia metrópoli sobre el estado de las instituciones guineanas por el antecesor en el cargo de Diego Saavedra, el exgobernador interino Angel Barrada⁵², que podían añadirse a las que se dirigían desde sectores corporativos de funcionarios⁵³, conformaba un estado de opinión que terminó moviendo al Gobierno a satisfacer la petición de dotar la Notaría y el Registro de la propiedad de Santa Isabel con el requerido personal especializado⁵⁴.

Sin embargo, de esta y otras memorias sobre el funcionamiento de la institución registral nos han de interesar otras noticias, en las que no se ha reparado tanto, y que nos muestran los verdaderos problemas de fondo relacionados con la propiedad colonial en la Guinea en el primer tercio del siglo XX. En efecto, la reclamación de los propietarios de la Cámara agrícola en 1907 para que se dotara el Registro con un funcionario de carrera, conocedor de la sofisticada y excesivamente reglamentaria normativa, era una demanda más hipotecaria que inmobiliaria. Esto es, no tenía tanto que ver con la primera inscripción o movimiento de la propiedad cuanto con la de los gravámenes hipotecarios. Ciertamente, como también resulta omnipresente en una prensa que empezó a publicarse en Barcelona en la segunda década del siglo, órgano de expresión y defensa de los finqueros guineanos cultivadores de cacao, el principal problema era de crédito agrario y la solución ansiada estribaba en el establecimiento de un Banco Hipotecario público⁵⁵. Pero junto a este problema que, con el de falta de mano de obra, aparece como trasfondo de las preocupaciones de la propiedad registrada, las memorias oficiales dan cuenta de otro problema que a principios de siglo iba alcanzando cierta relevancia, que corría al margen o, incluso, en contradicción con el Registro. Me refiero a la ocupación, roturación arbitraria o posesión clandestina protagonizada por sujetos a quienes se les suponía entonces como insospechados colonos:

“De conformidad con este nuevo Reglamento [de 1904] las peticiones han continuado, no obstante la crisis que atraviesa la agricultura de aquellas Colonias. Hoy día [1907], seguramente pasarán de 13000 el número de hectáreas concedidas, pero, sin embargo, no llegarán a 4000 las que de ellas están en cultivo. En cambio, son muchas las que, sin estar otorgadas, ni registradas consiguiente-

mente, han sido puestas en explotación, no sólo por los bubis, sino por el numeroso elemento de indígenas de las vecinas colonias que, llegados a Fernando Poo como braceros contratados, al terminar su compromiso, o fugados de las fincas antes de ello, se han quedado en la isla, internándose en la selva, en donde, sin autorización alguna, han procedido al desbosque y chapeo de pequeñas superficies de terreno que han dedicado al cultivo del cacao.”⁵⁶

La situación del Registro no varió, sin embargo, en los años siguientes a pesar de la intensificación en el volumen de concesiones y de roturación de tierras para el cultivo, como consecuencia del periodo de expansión que la neutralidad en la Primera Guerra Mundial supuso para la colonia española. Bajo el segundo mandato del gobernador Barrera, ahora en propiedad, podemos seguir advirtiendo que el aumento del tráfico jurídico que producía esta expansión no se veía acompañado de una mayor inversión institucional en el arreglo del Registro de la propiedad, ni en su dotación con personal especializado⁵⁷. Pero la situación del Registro de Santa Isabel que se deduce de las comunicaciones entre las autoridades de la colonia con la metrópoli contrasta poderosamente con la ufana y hasta boyante imagen que los ministros de Estado presentaban sobre esta institución en sus preceptivas *Memorias* a las Cortes⁵⁸.

II.3. TORRENS EN OTRA ÁFRICA ESPAÑOLA. EL PASTICHE SAHARAUI DE GUINEA Y LA IMITACIÓN DEL PROTECTORADO FRANCÉS

La distorsionada imagen en la metrópoli de las virtudes del régimen de propiedad colonial ideado para Bioko pudo animar su extensión a las otras posesiones coloniales españolas. El decreto de 1920 para el Sahara español reprodujo los términos del guineano de 1904 en su exposición de motivos y articulado⁵⁹. El estatuto de propiedad de Guinea con su falso o híbrido sistema *Torrens* se elevó así a modelo y derecho supletorio para la constitución de la propiedad colonial en el Rio de Oro, primero, y más tarde en el resto de las posesiones españolas en el África Occidental⁶⁰. Las autoridades a las que se refería la norma de 1904 se reproducían en el texto de 1920 como entidades fantasmagóricas destinadas a no tener nunca cuerpo. La extensión (aun con alguna cosmética adaptación, como la referida al carácter demanial de pozos y fuentes de agua) resulta una asimilación demasiado burda. Pero para el historiador la operación resulta especialmente reveladora de una mentalidad colonial que prescindía de cualquier consideración sobre las circunstancias peculiares del espacio (y sus gentes) que se convertía en territorio por medio, por lo que aquí interesa, de un régimen inmobiliario. Si no se había considerado reparo alguno para implantar el complicado régimen hipotecario hispano en Santa Isabel, ¿por qué habría de existir inconveniente en

vestir el desierto sahariano con el traje inmobiliario de la fronda guineana?, ¿Por qué hacer distinciones si ambas eran colonias españolas?⁶¹

Respecto del objeto que aquí nos importa más interés tiene el régimen diseñado por el Dahir de 1 de junio 1914 para el Protectorado español de Marruecos. Esta disposición se inspiraba en la que se había adoptado en la zona francesa para *l'immatriculation des immeubles* de 12 de agosto de 1913, que a su vez venía motivada por la exitosa introducción del acta australiana en Túnez. Las características de un sistema *Torrens* saltaban a la vista en el exhaustivo procedimiento para verificar la inscripción y el certificado, acompañado de plano, que se entregaba al interesado⁶². Sin embargo, las virtudes para el colono español de la registración de derechos mediante el acta australiana podían ser distintas de las que habían entusiasmado a parte del reformismo hipotecario peninsular a finales del siglo XIX, y animado su híbrida adopción en la organización del Registro de Santa Isabel. Porque no era ya solo la movilización de la propiedad y la economía de transacciones (y con ello de empleados) lo que principalmente se procuraba en el Protectorado. El ingreso de una tierra en Registro con este molde del acta australiana habilitaba la prorrogación de la jurisdicción para el conocimiento de las vicisitudes sobre las transmisiones propiedad indígena a favor de titulares españoles hacia las autoridades judiciales hispano-jalifianas, en detrimento de la justicia tradicional coránica. La implantación del sistema australiano servía para una “españolización” de la propiedad, como en Túnez y luego en la otra zona del Protectorado había servido para su afrancesamiento⁶³.

Pero esta experiencia australiana del *Torrens* del Protectorado de Marruecos resulta interesante ser mencionada aquí por otro aspecto. Porque la valoración de sus efectos dio pie a una polémica que se ventiló en las páginas de la *Revista crítica de Derecho Inmobiliario* entre mediados de los años treinta y los cuarenta sobre cuál había de ser el sistema de Registro idóneo para aquellas posesiones⁶⁴. Es debate que prácticamente corrió parejo a otro, en la misma sede y sobre el mismo objeto, pero referido al Registro de Guinea: si la movilidad que se asociaba al sistema *Torrens* era conveniente y proporcionada a las necesidades de las colonias españolas. De los antecedentes de esta otra discusión empezamos a dar cuenta inmediatamente.

III. NUEVAS ESTRATEGIAS COLONIALES. PROPIEDAD INDIVIDUAL INDÍGENA Y EXPLOTACIÓN FORESTAL DEL CONTINENTE

III.1. LA VISITA DE INSPECCIÓN DEL REGISTRADOR SERRANO UBIERNA

“Urgente. Envío personal competente para inspección registro. Ruego a V.E. se sirva esperar informe sobre régimen propiedad envío correo”⁶⁵.

Así rezaba el cable telegráfico que el 15 de marzo de 1926 remitió el gobernador general de Guinea, Miguel Núñez de Prado a la Presidencia del Directorio militar. El ruego tuvo acogida en los destinatarios madrileños que respondieron en menos de una semana a este cablegrama con otro mensaje, remitido por la Dirección General de Marruecos y Colonias:

“20 de marzo de 1926. Sírvese V.S. informar motivos y clase inspección que necesita registro para enviar personal adecuado”.

Desde el Ministerio de Estado no podía esperarse el prometido informe que el gobernador había anticipado sobre la situación del régimen de la propiedad en la colonia y que motivaba tan urgente petición. La respuesta del Ministerio provocó la también telegráfica réplica del gobernador solo dos días más tarde:

“22 de marzo 1926. Comandante General al presidente del Consejo de Ministros. Motivo inspección registros antigua desorganización y no ser de la carrera registrador actual necesitando técnico materia instalado y encauce importantísimo servicio”

Casi un mes después sin obtener respuesta de Madrid, el mismo Núñez de Prado insistía en su petición ahora por oficio dirigido a la Dirección General de Marruecos y Colonias, y del que ya podemos colegir alguna explicación añadida sobre la necesidad de esa inspección, que ahora no sólo debía girarse al Registro de la propiedad, sino a todos los servicios relacionados con la administración de justicia de la colonia:

“Todo cuanto afecta a la Administración de justicia en estos territorios adolece de enormes deficiencias debido ello a no ser de carrera ninguno de los Sres. que ocupan los cargos de Juez, Notario y Registrador; pero, sobre todo, en este último servicio las deficiencias son ya de dominio público y es tanto más de lamentar cuanto que es este el servicio más importante de los tres, por ser donde radican los derechos de propiedad.=Informes fidedignos que llegan constantemente a este Gobierno, aseguran existen infinidad de escrituras mal inscritas, el no llevarse por el Registrador los libros que manda la Ley, y que tan importantísimo servicio quien realmente lo desempeña es un indígena, y como tal estado de cosas no debe seguir subsistiendo por recaer ello en el desprestigio de la Administración ante propios y extraños, es por lo que me permití rogar y sigo rogando se practique la inspección solicitada que podrá hacerse extensiva tanto al Juzgado como a la Notaría.⁶⁶⁷”

Las quejas sobre la llevanza del Registro y la aplicación del Decreto de 1904 y su reglamento de 1905 también habían llegado a la capital y motivaron a principios de mayo de ese año 1926 la expedición de un nuevo Real Decreto con el que se trataron de cortar algunos abusos. Consistían fundamentalmente estos en la falta de sistema con la que se había procedido en el otorgamiento de las concesiones sobre terrenos; falta de control sobre el cumplimiento de las condiciones

anejas a estas concesiones; la voracidad especulativa de algunos sujetos más interesados en comerciar remotamente con los títulos de concesión que de poner en explotación los terrenos concedidos; y en la ocupación y despojo de algunos terrenos poseídos por tribus indígenas⁶⁷.

Para poner coto a estos abusos el decreto de 5 mayo de 1926, declaró caducados los derechos de los concesionarios que no hubieran cumplido con los requisitos de la concesión; estrechó con plazo de seis meses a quienes, habiendo cumplido con el esencial requisito del cultivo, no hubieran satisfecho los trámites de la inscripción en el Registro; y contuvo otras previsiones destinadas a garantizar que las concesiones se otorgaran por subasta, el capital español de las sociedades concesionarias y la tutela de la propiedad indígena. En realidad, con el decreto de mayo el Ministerio de Estado vino a adelantarse y adoptar como propia una disposición que Núñez de Prado ya habría barruntado emitir para la colonia en aquella primavera. De hecho, la urgencia de la solicitud de la visita extraordinaria podría explicarse porque esta autoridad hubiera querido apoyar esa medida, de alguna manera radical, sobre la base de un autorizado estado de la cuestión de los abusos que habría de deducirse de una inspección girada por un funcionario ajeno a la colonia, registrador de carrera y persona que había de ser “de tacto”, pues habría de enjuiciar la labor de quien, aunque no perteneciera a la carrera de Registros, también era letrado.

La misión recayó en José Luis Serrano Ubierna, por entonces registrador de la propiedad de Lalín, quien giró la inspección extraordinaria entre el 12 de junio y 17 de julio de aquel año. El acta de esta visita por su minuciosidad hace palidecer las ordinarias que, sin cumplir la periodicidad legalmente establecida, habían realizado hasta entonces los jueces de primera instancia de Santa Isabel⁶⁸. El acta de inspección resulta documento interesante porque detallaba el contenido del Registro, distinguiendo, de un lado, los libros existentes antes de 1904/1905, que habían fungido como Registro antiguo y que consistían en aquellos catastros y libros de concesiones; y, de otro lado, daba cuenta descendiendo prácticamente a nivel de asiento, de todos los libros que conformaban el moderno Registro de la propiedad resultante de su establecimiento a partir de 1905. Pero la encomiable labor de este probo funcionario no se detuvo en la redacción de este documento, pues a la vuelta a la metrópoli ofreció a la Dirección de Marruecos la redacción de una *Memoria* que integraba evidentemente el Acta de inspección, pero que contenía además unas recomendaciones para la reorganización del Registro de la colonia⁶⁹.

Es esa *Memoria* el documento que ha de interesarnos especialmente aquí, pues allí se apostaba, como se había hecho dos décadas antes, por volver a partir prácticamente de cero. Era tal el desbarajuste del Registro de la propiedad de Santa Isabel que, más que arreglarlo, compensaba reiniciarlo⁷⁰. Hemos de destacar que entre los mayores defectos que descubría el comisionado registrador de

Lalín, se encontraban precisamente los que afectaban a la correcta identificación de las fincas⁷¹. Estas deficiencias, si ya suponían dificultad para pensar que el registro de Santa Isabel se llevara con arreglo al básico principio de especialidad, hacían del todo ilusorio considerar que en Fernando Poo rigiera algo parecido al sistema *Torrens*. Sin embargo, no todo tenía que ver, a juicio del propio inspector, con las irregulares o desastradas prácticas de los letrados que se habían ocupado de los Registros catastros, de concesiones y de propiedad.

Serrano no solo hacía responsable a los sujetos que se habían encargado del Registro de la caótica situación de la institución en Santa Isabel, sino también a la normativa que arreglaba el régimen de publicidad inmobiliaria, así como a otras situaciones que no podían achacarse al registrador. Las dificultades también provenían de las injerencias del gobernador, quien, como superior jerárquico del registrador, no dudaba en ordenar la corrección de las inscripciones en extensión y linderos⁷². En este sentido, hemos también de comprender la insistencia de Serrano Ubierna para convertir al registrador de la colonia en un verdadero juez territorial, como era rasgo distintivo del sistema *Torrens*.

El inspector no dejaba de señalar la incidencia fiscal que suponía tener un Registro tan desorganizado⁷³. Para resetear el Registro sobre nuevas bases, no solo se partía de unos más o menos lejanos antecedentes y del resumen de lo que resultaba de la inspección extraordinaria, sino que también habían de tenerse a la vista los diferentes sistemas de publicidad inmobiliaria entonces en circulación. Por eso se dedicaba no poco espacio de la *Memoria* a resumir los caracteres generales del modelo romano, francés, alemán y australiano⁷⁴. Ahora bien, para la elección de unas nuevas bases de la propiedad colonial era también preciso tener muy presentes las circunstancias de aquellas posesiones. Eran estos “hechos jurídicos” los que terminaban recomendando, de nuevo en línea con lo que era principio común de política colonial, la constitución diversificada de una propiedad según un criterio subjetivo (españoles, indígenas y extranjeros) y un sistema de publicidad inmobiliaria que, fundamentalmente, favoreciese los intereses de los primeros. La movilidad debía ser el rasgo esencial de la propiedad colonial de los españoles, la fijeza la de los indígenas, y limitada debía ser la propiedad de los extranjeros.

Entonces, para el registrador de Lalín, si el nuevo Registro debía favorecer los intereses de los españoles que se suponía radicaban en una ágil contratación, sin dudarle un momento el sistema no podía ser otro que el del Acta *Torrens*. La opción era también por eliminación, pues no se contaba con las instituciones que hubieran permitido instaurar un sistema alemán, y concurría una identidad de circunstancias, y aún con mejora, con la situación que a mediados del siglo XIX había llevado al éxito de la registración australiana.

Desde el Ministerio tomaron buena nota de las recomendaciones de Serrano Ubierna y actuaron disciplinariamente contra el registrador inspeccionado. Incluso se barruntó la posibilidad de ampliar el ámbito de donde debían salir los funcionarios de este Registro. El problema fundamental seguía consistiendo en que el Registro de la propiedad guineano era técnicamente sobredimensionado. Para su gestión regular y arreglada a todos los requisitos que establecía el reglamento de 1905 era necesario un personal especializado. Pero, al mismo tiempo, costaba muchísimo encontrar candidatos para ocupar este puesto, que no fueran aspirantes de entrada en el Cuerpo únicamente motivados por cubrir el expediente y contar los días para optar al traslado para un mejor destino en la Península⁷⁵.

III.2. SUSPENSIÓN DE CONCESIONES Y FAVORECIMIENTO DE LA PROPIEDAD INDIVIDUAL INDÍGENA.

La situación de una posesión no inscrita, como hemos visto, venía de lejos. Lo vimos en la norma eminentemente fiscal de 1891, ya lo apuntaba la memoria de Diego Saavedra, pero el problema también aparecía en la de Serrano Ubierna, aunque con matiz importante. Porque si mayoritariamente estas tierras ocupadas, o roturadas arbitrariamente que corrían al margen del Registro de la propiedad, obedecían a la iniciativa de indígenas bubis o de braceros procedentes de otros territorios, los largos plazos de tramitación para la consecución de un título definitivo de propiedad también podían llevar a los colonos europeos a tomar este camino⁷⁶.

Para atajar esta situación, y como desarrollo del decreto de 5 mayo de 1926, se dictaron en la colonia unas instrucciones para que los propietarios *o poseedores* pudieran “convalidar” sus derechos⁷⁷. En esas instrucciones se regulaba un procedimiento de “información” instruida *in situ* por una comisión. El expediente terminado se sometía a un tribunal de aprobación encargado solo de acreditar su validez formal, esto es, que en su tramitación se hubiera ajustado a dichas instrucciones. De ser así, se daba traslado de este expediente al Registrador de la propiedad, “para que manifieste si entiende que han quedado justificados los derechos que se invoquen”, y este, a su vez, si así lo estimaba, lo remitía al Servicio Agronómico a los efectos del pago de derechos y expedición del título⁷⁸.

El respaldo oficial a esta política de legitimación de la posesión para su conversión en propiedad individual contrariaba, cuando el ocupante era indígena, el diseño de una política colonial que presumía el carácter necesariamente colectivo de la propiedad de estos sujetos. Sin embargo, más que un franco reconocimiento de un sujeto único de derecho, esta apuesta por dar carta de naturaleza a la propiedad individual indígena parecía venir justificada, con independencia del régimen político que hubiera en la Península, por demostrarse como alternativa eficaz al

constante problema de surtir las grandes concesiones con mano de obra importada y más o menos forzada que a las alturas de 1930 llegó a ser insostenible.

Pues, en efecto, los decretos de 1926 que trataron de poner orden en la Registración de las concesiones efectuadas hasta entonces (y en la caducidad de las que obedecían a meros intereses especulativos) vinieron a coincidir con los pasos dados por la Dictadura de Primo de Rivera para la ocupación del continente. Pudiera parecer que la colonización de la costa continental suponía, en principio, cierto cambio respecto a la política que se había seguido hasta entonces de no comprometer muchos recursos. Sin embargo, no solo era el cultivo del cacao, sino la explotación forestal lo que atraía entonces capitales españoles y , fundamentalmente de la madera de okume que tenía un mercado europeo, señaladamente alemán, pero dominado, sin embargo, como el mayor proveedor, por las colonias francesas (RUIZ-VALDEPEÑAS/GUERRA VELASCO, 2017). El incremento de las concesiones supuso evidentemente también el agravamiento del problema de surtir mano de obra para su explotación. Esta situación llevó a la Dictadura a decretar una nueva suspensión de toda concesión en 1930⁷⁹. El Gobierno republicano siguió favoreciendo la creación y protección frente al colono blanco de una pequeña propiedad individual indígena, ahora no solo con la legitimación de la posesión que pudieran demostrar, sino también mediante la excepción a esa suspensión general de otorgamiento de nuevas concesiones⁸⁰.

III.3. EL REGISTRO TERRITORIAL EN GUINEA. EXCEPCIÓN COLONIAL DE INTEGRACIÓN DE CATASTRO Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD

La transformación en 1934 del Registro de la propiedad en un Registro territorial que incorporaba la dependencia de un servicio topográfico suponía afirmar para la colonia algo que, como cuestión de naturaleza y tradición, los registradores de la propiedad negaban para la Península⁸¹: la posibilidad de la integración en una sola institución, aunque en diversos servicios, del Registro de la propiedad y de un Catastro subordinado al primero (MARTÍNEZ-PÉREZ, 2024). Pues, en efecto, aunque en las últimas décadas de siglo XIX y primera del XX, hubo incluso sintonía entre juristas y profesionales técnicos (como agrimensores o ingenieros) sobre la fusión de estas instituciones, lo cierto es que desde mediados de los años veinte se impuso entre los registradores la tesis de una imposible conmixión institucional que no obedecía a factores circunstanciales o coyunturales, sino que era cuestión de principios, naturaleza, tradición y fines. Frente a una dogmática registral que aspiraba a consolidar un estatuto de científicidad en la Península, la colonia guineana podría ser todavía un espacio abonado para el

pensamiento alternativo, las soluciones imaginativas, e incluso las extravagancias sobre las relaciones entre Catastro, Registro.

En este sentido, no me resisto a traer a colación el recado final que contenía la obra de Jesús Muñoz Núñez de Prado, quien había desempeñado interinamente el Registro de la propiedad de Santa Isabel⁸². Se trata de un trabajo modesto, en la que se reproducían los textos básicos del régimen de propiedad en Guinea, trufados de algunas otras disposiciones, con comentarios nacidos probablemente de la experiencia del autor. Pero de estos comentarios a la legislación hipotecaria de Guinea nos interesa sobre todo su epílogo en el que, con un llamativo y aventurado símil entre el Registro civil y el de propiedad⁸³, hacía una propuesta que por sus fundamentos no tendría por qué ceñirse a la colonia, aunque allí seguramente era donde mejor había de dar frutos:

“/.../En el Registro inmobiliario podría haber tres secciones: Catastro, inscripciones y expedición de títulos. La primera confiada a ingenieros o peritos agrónomos, delineantes, etc. que procederían al levantamiento de un catastro geométrico parcelario, y de no ser posible a la formación de un plano perfecto, previa triangulación geodésica. La sección de inscripciones formaría fichas especiales en que se harían las inscripciones tan detalladamente como lo exigiera la más absoluta identificación de la finca, conteniendo además el plano de la misma que debería ser una copia de la realidad, pero con la situación en el plano general. En estas fichas, llevadas por Registradores de la Propiedad pertenecientes al escalafón peninsular, se anotaría únicamente, tanto en la parte descriptiva como en el plano, las modificaciones que alterasen la estructura de la finca. La expedición de los títulos se encomendaría en la parte del plano a los del Catastro y en la descriptiva al Registrador, debiendo ser copia fiel de lo que constara en el Registro.”⁸⁴.

Pero precisamente, por la negación tan categórica que se había hecho en la Península de la integración de Catastro y Registro desde mediados de los años veinte, parece tan interesante el establecimiento en 1934 de un Registro territorial para la colonia ecuatorial que implicaba la realización de la pretensión, largamente ambicionada por los mismos registradores, de organizar Registro y Catastro en una sola oficina, con subordinación y dependencia del segundo al primero⁸⁵. Resulta, por otro lado, muy llamativo, después de la campaña emprendida, entre otros foros, en la *Revista crítica* contra la importación de la solución suiza, que no se hiciera mención alguna en las páginas de esta publicación de esta excepción guineana a la doctrina de la separación institucional.

Guinea no entraba en los índices de los primeros números de la hoy centenaria revista profesional de los registradores por haberse concretado allí la vieja aspiración de una integración de Catastro y Registro con posibilidad de retorno en la metrópoli. Pero eso no quiere decir que de Guinea no se dejase de tratar

en sus páginas. Se hacía, pero para publicar unos contenidos que, a alguno de sus lectores, parecieron inoportunos o injustos. Pues, en lugar de dar cuenta de las dificultades y progresos de su contemporáneo Registro territorial, la publicación periódica dedicó varios números del año 1933 y 1934 a recuperar parte de la demoledora *Memoria* sobre el funcionamiento del Registro de Santa Isabel que Serrano Ubierna había elevado al Gobierno en 1926 como resultado de su inspección⁸⁶. Sin embargo, este trabajo era, algo distinto a una actualización de la Memoria, aunque se aprovechaban algunos materiales. Destaca entre las novedades un análisis muy crítico del Reglamento de 1905, que había formado la DGRN. Serrano venía a reprobar que la norma reglamentaria, que sí que era trasunto de la metropolitana, había terminado por hacer desaparecer lo poco que de sistema *Torrens* había en el Decreto de 1904⁸⁷. La reacción del registrador que, por entonces, servía la institución en Santa Isabel contra el juicio de su mal funcionamiento no se hizo esperar⁸⁸. No nos despistemos con los términos de la polémica, las inusitadas contestaciones y referencias personales que se entrecruzaron en la publicación científica. Quedémonos solo con el nombre del otro polemista, José Molina Arrabal, pues aparecerá años más tarde, y desde posición de autoridad franquista, en un nuevo dictamen sobre cuál debía ser el mejor modelo de registración para la colonia ecuatorial española.

IV. ECOS DE REFORMA HIPOTECARIA EN LA COLONIA

IV.1. LA NEGACIÓN DEL MODELO *TORRENS* EN LA POSGUERRA CIVIL

La polémica entre registradores de la propiedad que acogió la *Revista crítica* durante la Segunda República quedó truncada por la muerte en la Guerra Civil de Serrano Ubierna. En la posguerra se fueron imponiendo las voces de quienes no solo negaban parentesco australiano del sistema de publicidad ideado para Guinea, sino que apostaban por limitar las facilidades en la negociación de inmuebles que eran elemento esencial del Acta *Torrens* y, como sabemos, prácticamente el único que había interesado al sector más filoaustraliano de los hipotecaristas hispanos. Sentaba tempranamente opinión el muy difundido con el tiempo *Tratado elemental de Derecho colonial español* de Cordero Torres, que en el punto que aquí interesa no podía ser más rotundo: “jamás se ha intentado implantar” el sistema *Torrens*. Al contrario, los antecedentes y el propio tenor del Decreto de 1904 demostrarían que la intención fue la de trasladar a la colonia, en punto al establecimiento de un sistema de publicidad inmobiliaria, el modelo peninsular “dentro de una fidelidad a la técnica jurídica inmobiliaria de la Metrópoli”⁸⁹.

La tesis negacionista de la vinculación del régimen de publicidad inmobiliario con el modelo australiano se consolidó en el nuevo Reglamento de concesiones de 1944⁹⁰. Se dictaba en un contexto muy diferente al que había rodeado el decreto de 1904. Las circunstancias invitaban a una nueva constitución de la propiedad más que a una actualización del régimen instaurado cuatro décadas antes. En efecto, aunque para los africanos se mantenían mecanismos y diseños de ingeniería social civilizatoria que todavía los reducían a un estatus de minoridad, no podía ya desconocerse el fenómeno de ocupación de tierras que estos sujetos habían realizado de forma espontánea e individual, al margen de un reconocimiento oficial que solo había pensado la propiedad indígena con un rasgo colectivo. La asunción de esta nueva realidad se traducía normativamente en: a) la presunción de que la propiedad indígena tenía un carácter “individual”, salvo que de las inscripciones en el Registro o de los títulos probasen otra cosa; y b) en la posibilidad del cambio de naturaleza de las propiedades colectivas a individuales y viceversa.

En cuanto a los europeos, Guinea ya no podía seguir siendo tierra de aventura, pasto de especuladores, en la que el Estado hasta entonces se había abstenido de intervenir significativamente en la empresa colonial con dotación de recursos públicos materiales y humanos. Desde mediados de los años veinte al Estado se le había conferido un papel cada vez más protagonista, por lo que aquí interesa, en la constitución de la propiedad territorial, compatible, en todo caso, con la regularización o legalización de algunas situaciones que escapaban a su control, como las usurpaciones de bienes públicos forestales, eufemística y tradicionalmente denominadas como roturaciones arbitrarias. La expansión de la colonia también había traído nuevos problemas deducidos de la intensificación de la explotación forestal del continente o de las concesiones de solares para edificación.

La finalidad de esta disposición, sin embargo, no fue la de establecer ese nuevo régimen de propiedad, sino resolver provisionalmente algunos de los problemas que, tras el levantamiento de la suspensión de concesiones de 1930, no podían esperar a la terminación del Catastro como instrumento primero del Estado para la identificación y ordenación de ese territorio colonial. El carácter provisional de la ley, con el que interinamente se trataba de llenar el vacío de falta de regulación para los nuevos problemas y las situaciones generadas durante la vigencia de la moratoria de concesiones, se aprecia en el extenso régimen de derecho transitorio de la disposición.

Sin embargo, por lo que aquí importa, si hemos de dar credibilidad a las voces que veían en el régimen de publicidad inmobiliaria colonial una transposición, con alguna pequeña variación, del establecido en la metrópoli, las previsiones en esta materia del reglamento de concesiones de 1944 resultaban obsoletas en el punto esencial del reconocimiento registral de la posesión. Pues mientras la

norma colonial seguía dando pábulo a la inscripción de la posesión, la reforma de la Ley Hipotecaria de 1944 había expulsado la posesión del Registro, una vez que esta “sombra” de la propiedad había cumplido su función constituyente de la propiedad contemporánea en España (MARTÍNEZ-PÉREZ, 2020).

También uno de los dos polemistas de la década de los treinta, José Molina Arrabal, dio por entonces a la imprenta su particular versión sobre el estado de la propiedad colonial en Guinea y el régimen inmobiliario preferible para aquellas posesiones. Lo hizo en 1945 en una conferencia en la que, sin duda alguna, aprovechó los trabajos de su adversario Serrano Ubierna, pero silenciando absolutamente su nombre, y en la que se situaba en posición diametralmente opuesta a la de su contrincante sobre el tipo de propiedad y régimen más idóneo para las distintas clases de sujetos que poblaban aquellas posesiones. Porque Molina discrepaba de que el régimen más adaptado a Guinea tuviera que ser el australiano, aunque así le pareciera al legislador de 1904 y a la “legión de entusiastas” que después habían apostado por la implantación del sistema *Torrens* en aquella colonia⁹¹. Esto es, aun cuando Molina no negaba que hubiera habido intención en 1904 de implantar algo parecido al acta australiana, no era aconsejable en modo alguno este modelo de publicidad, porque el fomento de la movilidad en la negociación que llevaba aparejado resultaba inconveniente⁹². Hay que insistir en este aspecto que acomunaba la visión de Molina respecto de la de su contrincante Serrano Ubierna sobre lo que significaba un sistema *Torrens*, aunque con conclusiones antitéticas. Para ambos, como lo había sido en el reformismo hipotecario desde finales del siglo XIX, *Torrens* era sinónimo de movilidad en la negociación de títulos. Hasta aquí el consenso. Pues mientras para Serrano Ubierna esta movilidad era aspecto que hacía del acta australiana el sistema más idóneo para el colono español en 1926, para Molina, veinte años más tarde, esa movilidad era prescindible, pues el colono europeo convertido en finquero había dejado atrás esa “primera época de aventura” donde era tan perentorio el crédito territorial. Los finqueros eran ya grandes capitalistas, que en modo alguno necesitaban dar a sus títulos de propiedad “las alas de un billete al portador”⁹³. Si para la propiedad de los finqueros europeos no había necesidad de la movilidad que procuraba el acta australiana, menos debía haberla en las concesiones a censo o en las madereras. Las restricciones y cautelas que, por muy distintas razones, se introducían para la enajenación de estas últimas clases de propiedad iban destinadas a asegurar una fijeza en los propietarios incompatible con aquel sistema⁹⁴.

Pero donde más se distanciaban estos dos registradores sobre las implicaciones del modelo *Torrens* era precisamente sobre esa dimensión autoritativa, de intervención del Estado en la constitución de la propiedad colonial. Esta dimensión pública y constituyente de acta australiana por la que Serrano abogaba en 1926, que tan naturalmente combinaba con la formación de un Catastro para la colonia

y que traía también como corolario el carácter obligatorio de la inscripción, podía realizarse sin mucha oposición en los países nuevos en los que la propiedad estaba aún gestándose. Era esa dimensión pública la que llevaba a los mayores críticos del sistema *Torrens* a calificarlo de socialista⁹⁵.

Y era también esta faceta autoritativa la que estaba, sin embargo, ausente en el discurso de Molina Arrabal. El entonces jefe de servicio de colonias de la Dirección general de Marruecos se pronunciaba también sobre los trabajos de formación de Catastro guineano, silenciando, de nuevo, a su compañero. Molina reconocía las múltiples finalidades, también jurídicas, del Catastro. Pero, además, en el caso del que había de formarse en la colonia, su levantamiento sólo obedecía a estas últimas aplicaciones. Vuelve a advertirse que podía mantenerse para aquellos espacios una idea de integración que por entonces el hipotecarismo español para la Península había abandonado doctrinalmente. Pero, a diferencia de su desaparecido compañero, la formación de un Catastro dependiente del Registro no había de tener ese alcance de constitución pública de espacio y nueva propiedad, sino solo el de una herramienta que hubiera impedido, de haberse acometido oportunamente, los conflictos entre particulares como consecuencia de la doble inmatriculación de fincas defectuosamente identificadas⁹⁶.

IV.2. CONSTITUCIÓN PÚBLICA DE PROPIEDAD PRIVADA COLONIAL FRANQUISTA

A finales de los años cuarenta todo parecía apuntar al olvido de *Torrens* en Guinea. Primero, por la propia desnaturalización que se había producido en la elaboración de la norma; después, por la consciente falta de recursos que se habían destinado a su implantación; y, finalmente, por su desacreditación en la doctrina que ensalzaba mejor el trasplante de la legislación metropolitana a la colonia⁹⁷. Pero entonces, cuando todo parecía abocar a la desaparición de la filiación australiana del diseño guineano de publicidad inmobiliaria, la ley franquista de 1948, que sustituía el por entonces obsoleto decreto orgánico de propiedad de 1904, volvía a reverdecer el Acta *Torrens* para la posesión ecuatorial española, aunque siempre en ese papel secundario. Para la Comisión de las Cortes franquistas, encargada de dictaminar el proyecto remitido por el Gobierno, resultaba realmente abrumador exponer la doctrina hipotecaria que se desenvolvía en el capítulo dedicado a la organización del Registro de la propiedad, pero podía resumirse en que:

“No es otra cosa que una reproducción del sistema hipotecario español, con las modalidades que impone la organización colonial, especialmente en forma de titulación, certificados de las inscripciones y facilidades para efectuar las transfe-

rencias. Estas reglas están en gran parte tomadas el sistema llamado australiano o Acta *Torrens*, que es lo más adecuado a la vida colonial.”

Ciertamente la disposición de 1948 se tomaba más en serio el alcance del certificado de inscripción, como remedo del acta *Torrens*⁹⁸. Este mayor rigor en la implantación de ese modelo tenía que ver también con algo que una Dictadura se podía permitir, máxime en un espacio colonial: reducir solo a la concesión estatal la posibilidad de acceder a la propiedad en la colonia⁹⁹. No había lugar a reconocimiento alguno de ocupación ni prescripción adquisitiva respecto de terrenos e inmuebles no inscritos; tampoco de las concesiones que podían haberse inscrito, pero habían caducado y revertido al Estado (art. 16.1). La nueva normativa guineana reflejaba un principio básico que había animado la reforma hipotecaria metropolitana de 1944: la expulsión de la mera posesión del Registro (art. 49). Aunque no pudiera dejar de introducir algunas excepciones de derecho transitorio obligadas por respeto a situaciones generadas por la orden de concesiones de 1944 (Disp. Transitoria 5.^a), el decreto de 1948 cortaba por lo sano con el reconocimiento de las ocupaciones y roturaciones arbitrarias que, alterando el plan de paternal civilización de la metrópoli, los africanos habían aprovechado para acceder a una propiedad individual no pensada en principio para estos sujetos, aunque luego no se contemplara con malos ojos.

Y, cómo no, este tomarse más en serio el sistema *Torrens* también incidía en el asunto de la integración del Registro y el Catastro bajo la dirección del registrador, que se había producido desde 1935, que se había ido reflejando en las sucesivas leyes de presupuestos para la colonia desde entonces, y que el Decreto de 1948 reconocía (art. 52. 2.º), a pesar de una oposición corporativa formulada en las Cortes franquistas. El mantenimiento del modelo de integración institucional bajo la dirección del registrador en 1948 no sólo se justificaba porque, con una cuota única de contribución territorial, el Catastro solo podía tener en la colonia una aplicación o interés jurídico, sino también porque trataba de evitarse que el régimen fracasado que se había dado en la Península se extendiera a Guinea¹⁰⁰.

Sin embargo, haciendo bueno un augurio que Cordero Torres había formulado ocho años antes, un cambio tan radical hacia la implantación del sistema australiano se tendría que desvirtuar por los hábitos, la formación de los registradores y, añadido, el desarrollo normativo¹⁰¹. La desnaturalización comenzó en el articulado de la ley. Más que procurar un efecto “cortina”, el sistema *Torrens* colonial español era un visillo que dejaba pasar al futuro situaciones del pasado que contradecían el principio de que en toda la tierra pertenecía al Estado que la otorgaba por concesión. En este sentido, el decreto de 1948, arrastrando preceptos de 1904, contemplaba la posibilidad de una posesión indígena a título de dueño. Esta posesión no solo tendría que ser tolerada por un concesionario posterior¹⁰², sino que además podría acceder al Registro a través de un mecanismo inmatricu-

lador distinto de la concesión basado en el reconocimiento administrativo de la prescripción inmemorial (art. 16.2). No solo. El pretendido efecto “espejo” del sistema australiano también se hacía añicos en la versión colonial española que por orden ministerial admitía “ampliaciones” e “interpretaciones” que venían a dotar de ultraactividad a concesiones que podían suponerse caducadas¹⁰³, o a expedientes de legitimación de roturación arbitraria que se “rehabilitaban” con un nuevo plazo para su legitimación¹⁰⁴.

El imparable fenómeno de una propiedad individual indígena, que desafiaba los planes civilizatorios de la metrópoli, puede verse como una estrategia de liberación que pasaba por la apropiación por el africano del lenguaje de una cultura colonial (CAMPOS, 2004-2005). Pero esto y la resignificación de términos que denotaban dominio y discriminación colonial (como “hijos del país”, “indígena”, “naturales” o “agricultores”) en adjetivos apropiados por los africanos para indicar orgullosos derechos de unos pueblos originarios sobre una tierra, supone también la ablación de tradicionales modos de relación con la tierra por parte de unos sujetos que antes no se pensaban individuales (SÁ, 2016). Si podemos ver esto en el tenor de la normativa que hemos utilizado en este estudio, debo corregir algunas afirmaciones que he vertido en el párrafo anterior. Lo que pasaba hacia el futuro por el agujereado visillo del *Torrens* colonial español no eran situaciones posesorias del pasado, que hundían su origen en tiempo inmemorial, sino nuevas propiedades potenciales que “perteneían” a unos nuevos sujetos que la ley podía presumir individuales y a sus herederos. Esto es, esta nueva potencial propiedad indígena resultaba inmemorial porque de lo que se había perdido memoria era de otras situaciones de aprovechamiento y uso colectivo, antropológicamente ajenas a individualismo posesivo y cultura de pertenencia occidentales y modernos. Así también el sistema *Torrens* era una máquina del tiempo (KEENAN, 2019). Se puede objetar que esta sublimación y conceptualización sería predicable de cualquier sistema de registración, y no solo del *Torrens*; que todo Registro o Catastro produce ese efecto de transformación de la experiencia jurídica; y que sabemos que su puesta en planta no es adjetiva, sino generadora de nuevas realidades/propiedades (SCOTT, 1998, MARTÍNEZ-PÉREZ, 2020). No falta razón a las objeciones, pero pueden ser contestadas. Respecto de otros sistemas de registración de derechos que se prodigaron en las naciones viejas desde finales del siglo XVIII, la gran transformación no pudo presentarse de forma tan consciente ni al actor de entonces, ni —porque asume moverse en una misma tradición cultural— al jurista —o incluso al historiador— de ahora. En el caso de la aplicación colonial del acta australiana, que desconocía o desechaba por incivilizadas las situaciones previas de los territorios “nuevos”, la radicalidad de la transformación resultaba tan evidente a los protagonistas de entonces que es más fácil de apreciar al historiador de ahora.

CONCLUSIONES

- I. El sistema *Torrens* se puso de moda en España en la última década del siglo XIX por sus virtudes para una rápida y barata movilización de la propiedad, pero se desechó su introducción porque podría suponer una conmoción de la propiedad en los países “viejos”. La atribución de estar ante un sistema *Torrens* en Filipinas fue, sin embargo, más una creación doctrinal del comparatismo jurídico hipotecario europeo. Sin embargo, en el territorio nuevo de Guinea, no solo no se planteó la creación del sistema *Torrens*, sino que aún se desestimó la creación de un Registro por su coste en empleados, no compensado con el escaso movimiento de propiedad.
- II. La adopción de algún requisito que presuponia la adopción del sistema australiano, como la exacta identificación con un plano archivado en rudimentarios registros de concesiones del reglamento de 1897, respondió al interés fiscal de asegurar el pago de las contribuciones y facilitar la reversión al Estado de las concesiones caducadas por incumplimiento de condiciones, o roturación arbitraria de terrenos que excedían la extensión concedida.
- III. El estatuto de la propiedad de 1904 supuso el declarado intento de adoptar el sistema *Torrens* para la colonia, sin embargo, en el curso de su tramitación, el diseño más fiel se desnaturalizó por unas modificaciones, como la admisión de todos los medios legales para la inscripción, que se explican sobre todo por la economía de empleados públicos que se pretendía con la introducción del acta australiana.
- IV. Durante la primera mitad del siglo XX, la práctica del sistema demostró la inadecuación del diseño del Registro de la propiedad colonial de alta exigencia técnica en su llevanza tanto con el movimiento de la propiedad en Guinea, como con la falta de un personal especializado. Solo tras los defectos advertidos en 1926, y tras la suspensión de concesiones de 1930, pudo plantearse un reseteo del Registro de la propiedad en Guinea de acuerdo con el modelo *Torrens*, integrado con el Catastro y apelando a una dimensión autoritativa y constituyente del Registro de propiedad.
- V. La inscripción de la posesión en el registro, en otras experiencias coloniales se pudo plantear como correctivo para un sistema *Torrens* de inscripción obligatoria. Sin embargo, en Guinea, obedeció a las muy peculiares circunstancias de facilitar la inscripción de una oficialmente no buscada pequeña propiedad indígena. El fomento de esta pequeña propiedad individual a partir del primer tercio de siglo se comprendió como alternativa

colonizadora al constante problema de surtir de braceros forzosos las tierras de los finqueros guineanos.

- V. En la Posguerra civil, se desplegó un discurso oficial y doctrinal que negó la filiación australiana del Registro colonial. Este discurso contrasta con el reconocimiento del acta *Torrens* en el reglamento de 1948. Sin embargo, podemos incardinar el régimen de propiedad colonial guineano a partir de entonces más por las virtudes que el sistema australiano tenía para procurar el efecto “cortina” de generación de una nueva propiedad a partir de su atribución primera al Estado, con desconocimiento de situaciones previas, que por las facilidades para su movilización.

FUENTES DE ARCHIVO

Archivo General de la Administración [AGA], Guinea, legajos: 6420, 6421, 7055, 7073, 8136, 8138.
Archivo Histórico Nacional [AHN], Ultramar, legajos: 5311, 5312.

BIBLIOGRAFÍA

- AGULLÓ, B. (1903). La Ley *Torrens* o *Real Property Act* de 1861. *Gaceta de Registradores y Notarios*, t. 70, 278-286, 307-315, 371-377, 468-470, 539-542, 728-732, 762-764, 787-799, 801-808; t. 71, 49-53.
- ÁLVAREZ CHILLIDA, G. (2015). Los gobernadores de Fernando Poo (1858-1930). En: Luis, J.P. (ed.). *L'État dans les colonies. Les administrateurs de l'Empire espagnol au XIX siècle*. Madrid: Casa de Velázquez, 157-166.
- ALTAVÁS, E. (1921). *El Registro de la Propiedad en las Islas Filipinas*, Manila: The Lawyers Cooperative Publishing Company.
- AMORÓS GOSÁLBEZ, M. (1967). *Pervivencias del sistema hipotecario español en Puerto Rico, Cuba y Filipinas [Conferencia de 26 de abril de 1961 en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos]*. Madrid: Colegio de Registradores de España.
- ARRIETA SEVILLA, L.J. (2010). *El Torrens title y el Registro de la Propiedad español*. Madrid: CORPME.
- BALLANO, F. (2014). *Aquel negrito del África tropical. El colonialismo español en Guinea (1778-1968)*. Madrid: SIAL.
- BARRERA LUYANDO, A. (1907). *Lo que son y lo que deben ser las posesiones españolas del Golfo de Guinea*. Madrid: Eduardo Arias.
- BENAVIDES MORO, N. (1926). *La colonización y el acta Torrens en el Norte de África*. Valladolid: Colegio Santiago.
- BESSION, E. (1891). *Les livres foncieres et la réforme hypothécaire; étude historique et critique sur la publicite des transmissions immobilières en France et à l'étranger, depuis les origines jusqu'à nos jours*. Paris: Delamotte.

- CAMPOS SERRANO, A. (2004-2005). Colonia, Derecho y Territorio en el Golfo de Guinea: Tensiones del colonialismo español en el siglo XX. *Quaderni Fiorentini*, núm. 33/34, 865-898.
- CAÑABATE PÉREZ, J. (2021). El régimen de la propiedad en el Protectorado español de Marruecos: Colonización jurídica y marginación de las formas tradicionales. *Ius Fugit*, núm. 24, 267-299.
- CARRASCO, A.M. (2022). *Guinea Ecuatorial. Historia de la colonización española*. Madrid: Almuzara.
- DE CASTRO, M. L. / DE LA CALLE M.^a L. (2007). *La colonización española en Guinea ecuatorial*. Barcelona: Ceiba.
- DE CASTRO ANTOLÍN, M.L. (2021). *Guinea ecuatorial: Colonización y conflicto (1778-1931)*. Madrid: SIAL.
- CLAVERO, B. (2006). Bioko, 1837-1876. Constitucionalismo de Europa en África, Derecho Consuetudinario Internacional del Trabajo mediante. *Quaderni Fiorentini*, núm. 35, 429-546.
- CORDERO TORRES, J.M. (1941). *Tratado elemental de Derecho colonial español*. Madrid: Editora Nacional.
- COSTA, J. (1883). Crédito agrícola. Registro de la propiedad por el sistema de Australia. *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, núm. 148 (15 abr), 103-106.
- COSTA, J. (1890). *Reorganización del notariado, del registro de la propiedad y de la administración de justicia*. Madrid: Revista de Legislación.
- DAS, S.K. (1963). *The Torrens System in Malaya*, Singapore: Malayan Law Journal.
- DATUK, T.S./ IBRAHIM-a./SIHOMBING. J. (eds.) (1989). *The Centenary of the Torrens System in Malaysia*. Singapore: Malayan Law Journal.
- DOUBAI, B., (2024). Nuevas perspectivas en la historia registral: el experimento filipino de Registro de la propiedad (1880-1898). En: *Actas del IV Congreso de la Sociedad Española de Historia del Derecho, Córdoba 13-14 de junio de 2024*.
- ESPOSITO, A. (2003). A Comparison of the Australian (“Torrens”) System of Land Registration of 1858 and the Law of Hamburg in the 1850s. *Australian Journal of Legal History*, núm.vol. 7, 193-229.
- ESPOSITO, A. (2005). *Die Entstehung des australischen Grundstücksregisterrechts (Torrenssystem) Eine Rezeption Hamburger Partikularrechts?*, Berlín: Tenea.
- FIOCCHI MALASPINA, E. (2018). Techniques of empire by land law: the case of the Italian colonies (nineteenth and twentieth centuries). *Comparative Legal History*, núm 6:2, 233-251.
- FIOCCHI MALASPINA, E., (2023), “*Dans cette diversité, des principes d’unité*”: *intrecci transnazionali nei sistema di pubblicità immobiliare tra Otto e Novecento*, Roma: Historia et ius.
- FRANQUEIRA, R.V. (1940-1942), La propiedad inmueble en Marruecos como base posible del crédito territorial, *RCDI*, núms. 150, 153, 162 y 169; 643-648; 91-96; 671-681; 395-405.
- GALLARDO MARTÍNEZ, A. (1893). *La movilización de la propiedad. El acta de Torrens*. Barcelona: Berdós y Feliú.

- GIDE, C. (1886). Étude sur l'Act Torrens. *Bulletin de la Société de législation comparée*, núm. 15, 288-330.
- GÓMEZ DE LA SERNA, J. (1906). Prólogo. *Anuario de la Dirección General de Registros y Notariado*, núm. 2, V-XVI.
- GONZÁLEZ PRATS, G. (1892). Examen histórico, analítico y crítico del registro de la propiedad inmueble por el sistema del "Acta Torrens o australiano" y su ventajosa aplicación en las colonias, *Revista de los Tribunales*, t. 25, 139-175
- GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J. (1924), *Estudios de Derecho Hipotecario*, Madrid: Imp. Estanislao Maestre.
- HOGG, J.E. (1920). *Registration of Title Thorough the Empire*, Toronto: Sweet & Maxwell Limited.
- [Instituto colonial internacional] (1899) *Le Régime foncier aux Colonies. Documents officiels précédés de notices historiques, t. III, Tunisie, Érythrée, Philippines*, Bruselas: ICI.
- KEENAN, S. (2017). Smoke, Curtains and Mirrors. The production of race through time and title registration. *Law Critique*, núm. 28, 87-108.
- KEENAN, S. (2019). From historical chains to derivative futures: Title registries as time machines. *Social & cultural Geography*, vol. 20, núm. 3, 283-303.
- LORENTE, M. (1997), La suerte de la Recopilación de 1680 en la España del siglo XIX. En: *XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano: Buenos Aires, 4 al 9 de septiembre de 1995. Actas y estudios*, Buenos Aires: IIHD, Vol. 1, 431-480.
- MAREMONTI, L. (2017). Discipline e giudici speciali per la terra: L'applicazione dell'act Torrens e la creazione del tribunale misto de Tunisia. En: Fernández Rodríguez, M./Prado Rubio.E./Martínez Peñas.L (coords.), *Especialidad y excepcionalidad como recursos jurídicos*, Valladolid: Asociación Veritas, 199-266.
- MARINA ENCABO, J.F. (1933). La inscripción de inmuebles en los registros de la zona de nuestro protectorado de Marruecos. *RCDI*, núm. 108, 906-912.
- MARINA ENCABO, J.F. (1935). El sistema hipotecario peninsular en el Marruecos español. Su eficacia para la movilización inmobiliaria en aquella zona. *RCDI*, núm. 127, 527-539.
- MARINA ENCABO, J.F. (1943). La propiedad inmueble como medio eficaz de colonización en la zona española de Marruecos. *RCDI*. núms. 145 y 182; 459-462, 681-686.
- MARTÍN-GAMERO ISLA, J. (1948). Régimen de la propiedad territorial en Guinea. *RCDI*, núm., 242, 438-454.
- MARTÍNEZ-PÉREZ, F. (2020), *Posesión, dominio y Registro. Constitución de la propiedad contemporánea en España (1861-1944)*. Madrid: Dykinson.
- MARTÍNEZ-PÉREZ, F. (2024), Catastro jurídico y Registro de la propiedad. La invención burocrática de la necesidad de coordinación (1883-1961). *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 104, 601-665.
- MARTÍNEZ-PÉREZ, F. (2025), Torrens a la española. Constitución de propiedad colonial por el Registro en África (1894-1949). En: *Centro y periferias en la Historia del Derecho: territorios, pueblos, tiempos, ideas*. Madrid: Dykinson, en prensa.

- MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, J. (1970). *Estudio de la legislación hipotecaria de Guinea. Su único procedimiento inmatriculador*. Madrid: Editora Nacional.
- MINISTERIO DE ESTADO, (1904), *Memoria que presenta a las Cortes el Ministro de Estado respecto a la situación política y económica de las posesiones españolas del África occidental*. Madrid: Imp. Sucesora de M. Minuesa.
- MINISTERIO DE ESTADO. (1912). *Memoria que presenta a las Cortes el ministro de Estado respecto a la situación política y económica del África occidental en el año de 1912*. Madrid: Ministerio de Estado.
- MINISTERIO DE ESTADO. (1914). *Memoria que presenta a las Cortes el ministro de Estado respecto a la situación política y económica del África occidental en el año de 1914*. Madrid: Imp. Juan Pérez Torres.
- MINISTERIO DE ESTADO. (1915). *Memoria que presenta a las Cortes el ministro de Estado respecto a la situación política y económica del África occidental en el año de 1915*. Madrid: Imp Juan Pérez Torres,
- MINISTERIO DE ESTADO. (1919). *Memoria referente a la situación política y económica de las posesiones españolas del África Occidental en los años 1916-1918*. Madrid: Vicente Rico.
- MIRANDA JUNCO, A. (1945). *Leyes Coloniales*. Madrid: Dirección General de Plazas y Provincias Africanas.
- MOLINA ARRABAL, J. (1933). Derecho Inmobiliario de la Guinea Española, Carta abierta. *RCDI*, núm. 105, 666-670.
- MOLINA ARRABAL, J. (1946). Propiedad territorial en Guinea (=Conferencia leída por su autor en el Ateneo Barcelonés, el día 9 de febrero de 1945). En: *Labor de España en África*. Barcelona: Alta Comisaría de España en Marruecos, 281-307.
- MONASTERIO Y GALLI, A. (1893). *Real Property Act de 1861 para Australia del Sur (Acta Torrens) su crítica y plan de una reforma inmobiliaria*, Barcelona: Jaime Jepús y Roviralta.
- MUÑOZ Y NÚÑEZ DE PRADO, J. (1929). *La propiedad en la Guinea española*. Madrid: Ciudad Lineal.
- NOGUEROLES, N. (2011). Estudio introductorio: el establecimiento del sistema *Torrens* en Australia y sus orígenes. En: *Torrens, R., Un ensayo sobre la transmisión de inmuebles por medio del Registro*. Madrid: Aranzadi/Thomson Reuters, C. Martínez/N. Nogueroles (trad), 17-97.
- NOGUEROLES, N. (2023). El fracaso del sistema *Torrens* en Estados Unidos. *RCDI* núm. 799, 2601-2639.
- NOSSEK, V., (2019), *Das Konzept "Grundbuch" – Der Streit um das Grundregister in Deutschland, Frankreich und England zwischen 1652 und 1900*, Tubinga: Mohr Siebeck.
- PATTON, R.G. (1949), El Sistema *Torrens*, Segunda parte. Su desarrollo en los países de América latina. *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 6, 47-57.
- PETIT, C., (1996), *Detrimentum rei publicae*. Constitución de España en Guinea. En: Portillo, J.M./Iñurrítegui, J.M. (eds.). *Constitución en España: orígenes y destinos*. Madrid: CEPC.

- ROGERS, E. (2006). The Impact of the Australian *Torrens* System on the Land Transfer Debate in the United Kingdom 1858-1914. *Australia and New Zealand Law and History E-journal*, núm 4, 125-132.
- RUIZ VALDEPEÑAS, J.C./GUERRA VELASCO, H. (2017). Civilizando la selva: capital, espacio y negocio forestal en la antigua Guinea continental española, 1926-1936. *Historia agraria*, núm. 72, 135-166.
- RUOFF, T. (1957). *An Englishman looks at the Torrens System*, Sydney: Law Book Co of Australasia.
- SÁ, A.L. (2018). The concept of ‘Land’ in Bioko: ‘Land as Property’ and ‘Land as Country’. En: Fleisch, A./Rhiannon, S. (eds.), *Doing conceptual history in Africa*, Nueva York: Berghahn books, 138-161.
- SAAVEDRA MAGDALENA, D. (1907). *Memoria presentada al Excmo. Sr. Ministro de Estado por el comisario regio en las posesiones españolas del África occidental*. Madrid: Vicente Rico.
- SANZ CASAS, G. (1983), *Política colonial y organización del trabajo en la isla de Fernando Poo (1880-1930)*, Barcelona: Universidad de Barcelona (Tesis).
- SHICK B.C./PLOTKIN, I.H. (1978). *Torrens in the United States*, Massachusetts/Toronto: Lexington Books.
- SCHMOECKEL (ed.), (2018), *Übertragung von Immobilienrechten im internationalen Vergleich*. Baden Baden: Nomos.
- SERRANO UBIERNA, J.L. (1926). *Visita de inspección al Registro de la Propiedad de Santa Isabel*. Madrid: [s.l]: [s.n]
- SERRANO UBIERNA, J.L. (1933-1934). Derecho Inmobiliario de la Guinea Española, *RCDI*, núms. 99, 100, 104, 115, 174-191, 263-270, 596-610, 839-845, 534-542.
- SCOTT, J. C. (1998). *Seeing Like a State. How Certain Schemes to Improve the Human Condition Have Failed*, New Haven: Yale University Press.
- SUNDIATA, I.K., (1996), *From Slaving to Neoslavery: The Bight of Biafra and Fernando Po in the Era of Abolition (1827-1930)*, Madison: University of Wisconsin.
- TAYLOR, G. (2005) *A Great and Glorious Reformation. Six Eary South Australian Legal Innovations*, Kent Town: Wakefield Press.
- TAYLOR, G. (2008). “Is the *Torrens* System German?”. *The Journal of Legal History*. núm 29, 2, 253-285.
- VV.AA. (2009) “150th Anniversary of *Torrens* Title”. En *Adelaide Law Review*. núm. 30, 2, 195-328.

NOTAS

¹ Este trabajo se planteó como objetivo del proyecto PID2023-147905NB-I00 y es resultado de la actividad del Centro de Investigación de Derecho Registral de la UAM (CIDRE/UAM), del que el autor es su actual director.

² El predicamento del acta *Torrens* en España debe mucho a la recepción del estudio de GIDE, C. (1886). *Étude sur l'Act Torrens. Bulletin de la Société de législation comparée*, núm. 15, 288-330. Sin embargo, la formulación del acta *Torrens* como modelo de publicidad inmobiliaria respecto de los otros dos modelos francés y germánico que formaban parte del protocmparatismo hipotecario europeo es algo que tiene que ver con lo que se ha denominado felizmente como el “efecto Besson”, esto es, que, como tal modelo, tercero en discordia, fuera considerado en una obra de gran impacto en el comparatismo registral del continente, BESSON, E. (1891). *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire; étude historique et critique sur la publicite des transmissions immobilières en France et à l'étranger, depuis les origines jusqu'à nos jours*. Paris: Delamotte. En este libro se elevaba este método a verdadera panacea en un momento de finales de siglo en el que puede apreciarse una generalizada preocupación por la reforma de los sistemas de publicidad inmobiliaria. En general, sobre las reformas de los sistemas de publicidad inmobiliaria en la Europa de este tiempo, sirve ahora introductoriamente, NOSSEK, V., (2019), *Das Konzept “Grundbuch” – Der Streit um das Grundregister in Deutschland, Frankreich und England zwischen 1652 und 1900*, Tubinga, Mohr Siebeck. Para un panorama reciente de la historia y presente de algunos sistemas de publicidad en Europa, véase también algunas aportaciones contenidas en SCHMOECKEL (ed.), (2018), *Übertragung von Immobilienrechten im internationalen Vergleich*. Baden Baden: Nomos. Se acuña la expresión “efecto Besson” en obra que se ocupa de unas experiencias de publicidad inmobiliaria destinadas a construir espacio organizado sobre nueva propiedad para ámbitos coloniales, FIOCCHI MALASPINA, E. (2023), “*Dans cette diversité, des principes d’unité”: intrecci transnazionali nei sistema di pubblicità immobiliare tra Otto e Novecento*”, Roma: Historia et ius, p. 36. Este trabajo, que se presenta con la estructura de una tragedia griega, es en realidad un magistral tríptico que, en una de sus partes, se ocupa de la acuñación de los modelos de Registro y su presencia en la Europa finisecular; en otra de la proyección, modulación y ensayo de soluciones y modelos en tres experiencias africanas (Eritrea, Congo Independiente y Togo) protagonizadas por potencias en cierta medida “advenedizas” en la carrera colonial; y en otra tercera de los intentos por parte de un comparatismo europeo finisecular de sistematizar con pretensiones de cientificidad, y propósitos de dominio, los complicados resultados de los entrelazamientos/ enredos (*intrecci, entaglements*) surgidos de esas otras dos partes.

³ Sobre el sistema *Torrens* además del texto legal es especialmente interesante la revisión que el propio artifice realizó de su método décadas más tarde, TORRENS, R., (1882), *An Essay of Transfer of Land by Registration*, Londres-Paris-Nueva York-Melbourne: Casell & Company Limited, que utilizo, sin embargo, en traducción española, ID, (2011), *Un ensayo sobre la transmisión de inmuebles por medio del Registro*, Madrid, Aranzadi/Thomson Reuters, C. Martínez/N. Nogueroles (trad), precedida por un muy recomendable estudio de NOGUEROLES, N. Estudio introductorio: el establecimiento del sistema *Torrens* en Australia y sus orígenes. 17-97. Con ocasión de la efeméride sobre su aparición véase, por todos, RUOFF, T. (1957), *An Englishman looks at the Torrens System*, Sydney: Law Book Co of Australasia. En este nada reverencial estudio sobre las luces y sombras del acta australiana el autor recurre a la utilización de las metáforas que quintaesencian los efectos (y virtudes) de este sistema de registración: espejo, cortina e indemnidad, y que siguen utilizándose hoy en día, p.e. KEENAN, S. (2017).

Smoke, Curtains and Mirrors. The production of race through time and title registration. *Law Critique*, núm. 28, 87-108. Advuértase, sin embargo, que los efectos que querían significarse con esas metáforas, lejos de considerarse como virtudes de un sencillo y abstracto método de registración, operan, en un contexto postcolonial, como artificios de una estrategia de dominación por la metrópoli. Ahora bien, la cuestión sobre si en la actualidad este sistema ha fracasado, no tiene tanto que ver con la desaparición del contexto colonial que le daba alas, como con la resistencia, sobre todo en un ámbito anglosajón, pero no sólo allí, de quienes veían con la introducción —o conservación del sistema— peligrar su posición —y emolumentos— basada en una compleja intermediación en tradicionales procedimientos de registración. Sobre esto último, véase el reciente estudio de NOGUEROLES, N. (2023). El fracaso del sistema *Torrens* en Estados Unidos. *RCDI*, núm.799, 2601-2639.

⁴ Aunque siempre hay quien preliminarmente repara en esta distinción, ARRIETA SEVILLA, L.J. (2010), *El Torrens title y el Registro de la Propiedad español*, Madrid: CORPME.

⁵ Hasta el punto de que en las últimas décadas se ha reabierto la polémica sobre la verdadera paternidad del sistema y su origen germánico. Porque, aunque el mismo *Torrens* reconociera la colaboración del jurista Ulrich Hübbe en su diseño, y aun cuando la metrópoli reconociera oficialmente los servicios de este ciudadano, sin embargo, desde el establecimiento del acta, *Torrens* se había arrogado en exclusiva la autoría, marginando la participación de este doctor en derecho por la Universidad de Kiel, que en 1857 ya había propuesto para Australia la adopción del sistema seguido en Hamburgo. La polémica ha sido reabierto principalmente por los trabajos de ESPOSITO, A., (2003), A Comparison of the Australian (“*Torrens*”) System of Land Registration of 1858 and the Law of Hamburg in the 1850s. *Australian Journal of Legal History* Vol. 7, 193-229 o ID., (2005), *Die Entstehung des australischen Grundstücksregisterrrechts (Torrenssystem), Eine Rezeption Hamburger Partikularrechts?*, Berlín, Tenea, quien recoge y amplifica las voces que reivindicaban la influencia del autor prusiano. Esta tesis ha sido contestada fundamentalmente en las aportaciones de TAYLOR, G., *A Great and Glorious Reformation. Six Early South Australian Legal Innovations*, Wakefield Press, Kent Town, 2005; Id. (2008), Is the *Torrens* System German?, *The Journal of Legal History*, núm. 29, 2, 253-285; o las recogidas en las actas del Congreso organizado con motivo de una efeméride, pero fundamentalmente para reivindicar la originalidad australiana del sistema, VV.AA., (2009). “150th Anniversary of *Torrens* Title”. *Adelaide Law Review*, 30, 2, 195-328. Para un estado de la cuestión, con más detalle de los argumentos sostenidos por unos y otros y referencia de otros autores que han participado en ese debate, (NOGUEROLES, 2011, 47-55). Hubo quien, analizando sus mecanismos, señalaba otros antecedentes europeos, como hacia (BESSON, 1891, 62-64, 338) quien afirmaba que en Bretaña se había practicado históricamente un sistema similar al *Torrens*.

⁶ En este sentido, aunque el sistema *Torrens* originalmente no incluyera el rasgo de la inscripción obligatoria, este fue elemento natural del que se dotó en su propagación colonial. Precisamente, para evitar algunos efectos indeseados de esta imposición, el propio Besson proponía el “correctivo” de acompañar la inscripción forzosa del reconocimiento registral de la posesión, tal como observaba que se hacía en España o en Inglaterra, (BESSON, 1891, 358, 430-431).

⁷ Pues, como recuerda (NOGUEROLES, 2011, 14) el sistema vivió en el tiempo que aquí interesa una expansión internacional sin precedentes que alcanzó no sólo a otros territorios del Imperio británico o del mundo anglosajón, sino también fue adoptado (o barajado como) sistema de publicidad inmobiliaria en otros (no solo coloniales) de tradición latina. Por lo que se refiere a la órbita anglosajona, en 1920 podía afirmarse que este sistema había dejado sentir

su influencia en treinta y un territorios clasificados en cuatro grupos (Australasia, Reino Unido, Canadá y las Colonias), HOGG, J.E. (1920). *Registration of Title Thorough the Empire*, Toronto: Sweet & Maxwell Limited. Para Canadá véase ahora TAYLOR, G. (2008). *The law of the land: The advent of the Torrens system in Canada*. Toronto: University of Toronto Press. Sobre la introducción del sistema *Torrens* en otras colonias británicas, véase, p.e., DAS, S.K. (1963). *The Torrens System in Malaya*, Singapore: Malayan Law Journal; DATUK, T.S./ IBRAHIM-a./ SIHOMBING. J. (eds.) (1989). *The Centenary of the Torrens System in Malaysia*. Singapore: Malayan Law Journal. Respecto de la recepción del sistema en Reino Unido y su valoración como opción en el contexto de la reforma de su sistema de publicidad inmobiliaria, véase ROGERS, E. (2006). The Impact of the Australian *Torrens* System on the Land Transfer Debate in the United Kingdom 1858-1914. *Australia and New Zealand Law and History E-journal*, núm 4, 125-132. Sobre la presencia del sistema en algunos de los Estados Unidos, SHICK B.C./PLOTKIN, I.H. (1978). *Torrens in the United States*, Massachusetts/Toronto: Lexington Books. Especialmente significativos son los casos en los que el sistema *Torrens* se barajó para su implantación en colonias pertenecientes a metrópolis que, sin embargo, habían adoptado sistemas de publicidad inmobiliaria basadas en el principio de transcripción. Aquí, basta recordar el caso de Argelia, que preocupó monográficamente al mismo Besson, y al gran divulgador del sistema en Francia, Guyot. Los buenos resultados (para la metrópoli francesa) de la introducción del sistema *Torrens* en Argelia o Túnez, sobre lo que véase ahora MAREMONTI, L. (2017). Discipline e giudici speciali per la terra: L'applicazione dell'act *Torrens* e la creazione del tribunale misto de Tunisia. En: Fernández Rodríguez, M./Prado Rubio.E./Martínez Peñas. L (coords.), *Especialidad y excepcionalidad como recursos jurídicos*, Valladolid: Asociación Veritas, pp. 199-266, tenían que ver con deducir de la opción por el registro *Torrens* una automática prorrogación de fuero sobre los inmuebles desde la jurisdicción tradicional coránica a los tribunales franceses. Aun sin estos efectos, el predicamento del sistema *Torrens* en el norte de África llevó a su emulación con algunas adaptaciones en otras colonias cuyas metrópolis seguían el sistema de transcripción, como son los casos de la Eritrea italiana o del del Estado independiente del Congo, luego Congo Belga, sobre lo que véase, (FIOCCHI, E., 2023) 148-170.

⁸ COSTA, J., (1890-1893), *Reorganización del notariado, del Registro de la propiedad y de la administración de justicia*, Madrid, Imp. de la Revista de Legislación.

⁹ COSTA, J. (1883). Crédito agrícola. Registro de la propiedad por el sistema de Australia. *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, núm. 148, 103-106. Suele también citarse la autoridad de Gumersindo de Azcárate como pionero de la difusión del acta *Torrens* en España, pero este autor no hacía mucho más que recoger el artículo de Costa en su magna obra, DE AZCARATE, G. (1883). *Ensayo sobre la Historia del Derecho de Propiedad y su estado actual en Europa*, Madrid: Imp. Revista de Legislación, t. III. 244-248.

¹⁰ Como la, por todos referida, iniciativa parlamentaria, que no tuvo recorrido alguno, del Conde de San Bernardo, en *Diario de Sesiones (=DS) de las Cortes*, s. 5 de febrero de 1890.

¹¹ GALLARDO MARTÍNEZ, A. (1893) *La movilización de la propiedad. El acta de Torrens*, Barcelona: Berdós y Feliú. En el mismo sentido de reducir prácticamente las virtudes del acta *Torrens* a las relacionadas con las facilidades para una ágil, aunque no tan barata, contratación de la propiedad, véase el juicio crítico con el que terminaba el traductor español de la ley, AGULLÓ, B. (1892). *La Ley Torrens*. Tortosa: Imp. Suc. de Bernis, que utilizo, sin embargo, en la edición por entregas que hizo la *Gaceta de Registradores y Notarios*. (1903), tt. 70-71. En el mismo sentido, y pesar de su título, la tesis de GONZÁLEZ PRATS, G. (1892). Examen histórico, analítico y crítico del registro de la propiedad inmueble por el sistema del “Acta *Torrens* o australiano y su ventajosa aplicación en las colonias. *Revista de los Tribunales*,

t. 25, 139-175, propugnaba implantar el *Torrens* en la Península porque con ello se respondería a la petición “a voz en grito de un sistema que haga *las transmisiones casi gratuitas, casi instantáneas, con garantía infalible y absoluta y a prueba de litigios*”, 168, énfasis en el original.

¹² Joaquín Costa, miembro de Sociedad Geográfica Española, preocupado por la colonización española en África, y pionero en la difusión del sistema *Torrens* en España, no se pronunció, salvo error por mi parte, a favor de la introducción de este método en las posesiones españolas en Ultramar (salvo el caso filipino de lo que se tratará inmediatamente). Es más, a finales de la década de los ochenta y primeros noventa pudo llegar a considerarse en la metrópoli la adopción del sistema *Torrens* para el Ultramar hispano. Pero después de reunir antecedentes propios y extraños se desechó la idea. Así lo confesaría años más tarde uno de los artífices de la muy reconocida Ley Hipotecaria de Ultramar de 1893, responsable de un proyecto para su traslado a la Península y director de Registros y Notariado, GÓMEZ DE LA SERNA, J. (1906). Prólogo. *Anuario de la Dirección General de Registros y Notariado*, núm. 2, p. X: “cuando el ilustre Sr. [Manuel] Becerra [ministro de Ultramar entre 1888 y 1894] me encomendó el estudio del *Acta* famosa para su planteamiento en Ultramar, pedimos á Londres las leyes, reglamentos, circulares y modelos del sistema, a fin de proceder a su estudio directo; redacté entonces un extenso y meditado informe desfavorable del mismo, que, pasado al Consejo de Filipinas, que presidía [entre 1891 y 1894] el cultísimo Sr. [Antonio María] Fabié, sirvió para que, tanto el Consejo como el Sr. Becerra, rechazaran en absoluto el sistema”. A pesar de mis pesquisas, no he podido localizar en la sección de Ultramar del AHN tan interesante informe. En España hay, como digo, que esperar a los primeros años noventa para encontrar autores que propusieran expresamente la adopción del sistema *Torrens* en la periferia colonial española, pero entiendo que estas iniciativas tenían que ver más con un particular “efecto Besson hispano” del que damos cuenta en texto y en las siguientes notas, amplificado por la obra de Costa.

¹³ (BESSON, 1891, 376-379) con resumen minucioso del decreto de legitimación de ocupación de bienes realengos en Filipinas de 31 de agosto de 1888 y después de hacerse eco de la proposición de ley del Conde de San Bernardo para la Península, 375-376.

¹⁴ Sobre la historia y efectos hasta la actualidad de esta especie de *Torrens* filipino no diré mucho más en este trabajo pues es el objeto de una tesis doctoral en elaboración, con primeros resultados en DOUBAI, B., (2024) *Nuevas perspectivas en la historia registral: El primer experimento filipino de Registro de la propiedad (1880-1898)*. *IV Congreso de la Sociedad Española de Historia del Derecho*, Córdoba 13-14 de junio de 2024. Agradezco a la autora la consulta de este manuscrito.

¹⁵ Esta diferencia se hacía expresa en la exposición de motivos del RD de 10 de mayo de 1889 que aprobaba la Ley Hipotecaria y del Registro de la propiedad para las Islas Filipinas: “De todos los dominios españoles del lado de allá de los mares, ninguna región ha sido tan atrasada como las islas Filipinas en lo relativo al régimen hipotecario, tan importante en el Derecho civil. Ni siquiera tuvo en ellas aplicación la Real Cédula de 1802, por la cual, y conforme a cuyas instrucciones se establecieron oficios de hipotecas en Cuba, Puerto Rico y las colonias de América del Sur. Solo en Manila, y por auto de la Real Chancillería de 1804, se creó un oficio de hipotecas a cargo del Escribano mayor, Secretario de aquel Ayuntamiento, sin determinar siquiera la demarcación de este oficio, que es llevado sin formalidad: y aunque el mismo auto confiaba en las provincias el cargo de Escribanos receptores de hipotecas a los Alcaldes mayores con dos acompañados, ni se han organizado los oficios, ni se llevan registros, ni existe más que en el nombre y en las disposiciones de aquel auto, nada que se parezca a registro hipotecario”.

¹⁶ La retroalimentación terminaba saltando al legislador nacional, cuando el Gobierno, en la defensa ante el Senado en 1893 del proyecto de ley de reforma de la hipotecaria de Ultramar para Cuba, Puerto Rico y Filipinas, ya asumía que el propósito de las disposiciones sobre realengos filipinos había sido el de hacer un ensayo español de acta *Torrens*. Fue Maura, quien asumió esta caracterización en pasaje que resulta interesante porque también empieza a desvelar que incluso allí donde la adopción de un sistema *Torrens* podía ser más factible, no se estaba dispuesto a arrostrar mayores compromisos presupuestarios: “para Filipinas hubo antes de ahora conatos de ensayar el sistema de Registros conocido por *Acta Torrens*, pero la perturbación de un cambio radical de sistema a los cuatro años de implantar el vigente [el de la ley de 1889], y cuando los datos estadísticos de los últimos trimestres denotan que va penetrando en las costumbres y generalizándose, juntamente con el examen de aquél sistema con relación a las circunstancias de la propiedad en Filipinas, han apartado al Gobierno de aquel intento, que no se podría además acometer sin considerable reforma de la legislación civil y sin empeñar el Tesoro público en responsabilidades temerosas e indefinidas”. *DS, Senado*, s. 29 de mayo de 1893, apéndice al núm. 39, 2.

¹⁷ En este sentido, puede explicarse que el Instituto Colonial Internacional fundado en 1894 incluyera la traducción del Decreto de 3 de febrero de 1894 sobre enajenación de tierras de realengo en la colección de documentos *Le Régime foncier aux Colonies*, v. III (1899), 455-491. La pérdida del Archipiélago para España no era óbice para que esa traducción cerrase el volumen dedicado también a Túnez y Eritrea: “*Malgré les évènements politiques qui ont si profondément modifié la situation aux Iles Philippines dans le courant de l’année 1899, on a cru devoir publier la dernière loi sur l’alienation des terres domaniales vacantes dont la traduction était déjà faite et qui presente de l’interet tant en ce qui concerne le régime foncier en vigueur dans cet archipel qu’au point de vue historique*”, 455. Sobre el papel de este Instituto en la valoración de las experiencias de publicidad inmobiliaria en las colonias y específicamente sobre el juego que en las mismas podía o debía desarrollar el Acta *Torrens*, véase ahora (FIOCCHI 2023, 234-275), que anticipaba en, FIOCCHI MALASPINA, “Universalising colonial law principles on land law and land registration: the role of the Institut Colonial International (1894)”, *History of European Ideas*, 49:2, 395-410, DOI: 10.1080/01916599.2022.2073680. La idea de que en Filipinas España había ensayado en algún momento un Acta *Torrens* podría tomar nueva fuerza cuando en 1902, ya bajo la Administración norteamericana, se implantó el sistema australiano en aquellas Islas, hasta el punto de que ese supuesto precedente y las especiales circunstancias del Archipiélago podrían explicar, para algunos, la excepcional fructificación de este sistema de raigambre anglosajona en unos territorios conformados por tradición jurídica latina. Aunque no se puede seguir en esta ocasión este hilo, por razón de lo que se ha apuntado *supra*, n. 14, no faltan referencias, ALTAVÁS, E. (1921). *El Registro de la Propiedad en las Islas Filipinas*, Manila: The Lawyers Cooperative Publishing Company; PATTON, R. (1949). *El Sistema Torrens*. Primera parte. Su desarrollo en la Gran Bretaña, Estados Unidos, Islas de Hawai e Islas Filipinas. *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 4, pp. 9-20. AMORÓS GOSÁLBEZ, M. (1967). Pervivencias del sistema hipotecario español en Puerto Rico, Cuba y Filipinas [Conferencia de 26 de abril de 1961 en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos], Colegio de Registradores de España, que cito por [Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España] (1991), *Leyes Hipotecarias de España. Fuentes y Evolución*, Madrid, Castalia t. VI, vol. 1, 93-130.

¹⁸ En la Península los más críticos negaban hasta tal punto ese principio constituyente que fundamentaba el acta *Torrens* que podían llegar a calificar el sistema australiano como dictatorial e incluso “socialista”. En estos términos, movido por confesados intereses corpora-

tivos, formulaba su crítica el notario MONASTERIO Y GALLI, A. (1893). *Real Property Act de 1861 para Australia del Sur (Acta Torrens) su crítica y plan de una reforma inmobiliaria*, Barcelona: Jaime Jepús y Roviralta, 62-66.

¹⁹ Vicente Romero Girón que, como ministro de Justicia, en 1883 había abogado por la necesidad de elaborar un deslinde general de las propiedades como presupuesto de un catastro jurídico, siete años más tarde como senador parecía resignado a la imposibilidad de una individualización de la propiedad a partir de su previa y completa determinación gráfica. Sin esta herramienta previa, cualquier experimento para la atribución individual de la propiedad resultaba impracticable o incluso peligrosa. Esto es, ante el humilde reconocimiento de no poder replicar en España la condición previa de un catastro exacto como Prusia, también habría que negarse a importar el ensayo de un Acta *Torrens* “de moda”, que debía quedar reservado “allí donde la civilización penetra con más o menos energía y actividad... y la propiedad es embrionaria” *cfr*: *DS, Senado*, s. 13 de marzo de 1890, 1899-1900.

²⁰ Para una historia de la colonización decimonónica de Guinea, DE CASTRO, M. L. / DE LA CALLE M.^a L. (2007), *La colonización española en Guinea ecuatorial*, Barcelona: Ceiba; BALLANO, F. (2014). *Aquel negrito del África tropical. El colonialismo español en Guinea (1778-1968)*, Madrid: SIAL; DE CASTRO ANTOLÍN, M.L. (2021). *Guinea ecuatorial: Colonización y conflicto (1778-1931)*. Madrid: SIAL; CARRASCO, A.M. (2022), *Guinea Ecuatorial. Historia de la colonización española*. Madrid: Almuzara.

²¹ PETIT, C., (1996), *Detritum rei publicae*. Constitución de España en Guinea. En: Portillo, J.M./Inurritegui, J.M. (eds.). *Constitución en España: orígenes y destinos*. Madrid: CEP; CAMPOS SERRANO, A. (2004-2005). Colonia, Derecho y Territorio en el Golfo de Guinea: Tensiones del colonialismo español en el siglo XX. *Quaderni Fiorentini*, núm 33/34, 865-898; CLAVERO, B. (2006). Bioko, 1837-1876. Constitucionalismo de Europa en África, Derecho Consuetudinario Internacional del Trabajo mediante. *Quaderni Fiorentini*, núm. 35, 429-546.

²² En este sentido, el estatuto orgánico del RD de 13 de diciembre de 1858 contenía en sus arts. 21-27 el régimen de concesión en propiedad de terrenos y reconocimiento de derechos previos. En estas reglas se atribuía al gobernador de la colonia, oído un consejo de autoridades, la concesión en propiedad que sería gratuita para empresas españolas (art. 21) y sometida a un canon redimible para las extranjeras (art. 22). En ambos casos se condicionaban estas concesiones a la construcción de almacenes, factorías o la puesta en cultivo, de manera que caducarían al cabo de dos años de no haberse edificado o reducido a ese cultivo (art. 27). La concesión tenía un incentivo fiscal por exención de contribuciones (art. 24). El gobernador era también quien expedía los títulos de propiedad de las nuevas concesiones, pero también de las que habían hecho gobernadores anteriores, que reconocía el mismo decreto (arts. 25-26). Posteriormente por RO de 20 de marzo de 1864 se aprobaron otras reglas para la concesión de terrenos, que el gobernador había propuesto en cartas de 6 de octubre de 1862 y 27 de junio de 1863, *apud* MIRANDA JUNCO, A. (1945), *Leyes coloniales: legislación de los Territorios españoles del Golfo de Guinea*, Madrid: Imprenta Sucesores de Rivadeneyra, 111. Aunque he consultado la normativa guineana por este repertorio, indicaré, sin embargo, en las siguientes citas la referencia al *Boletín oficial de los Territorios españoles del Golfo de Guinea [=BOC]* que hace este autor.

²³ Así se establecía después de la revolución Gloriosa, en un nuevo estatuto orgánico del RD de 12 de noviembre de 1868 (*Gaceta de Madrid [=GM]* de 13), en cuya exposición de motivos se reconocía la esterilidad de los sacrificios hechos hasta entonces. Además, respecto del régimen de concesión de tierras de 1858, ahora la distinción entre concesiones gratuitas y

onerosas no era de nacionalidad, sino de la extensión del terreno, con un solar de 50 ha para los nacionales y 10 ha para los extranjeros. Por encima de estas dimensiones unos y otros podrían acceder a nuevas concesiones de forma onerosa, mediante compraventa o censo redimible, aunque se establecían limitaciones de extensión, localización y aprovechamiento para las concesiones en islas distintas de Fernando Poo. Los indígenas, a quienes se había reconocido sus derechos de propiedad, también podrían adquirir concesiones a partir de 50 Has. Solo las compraventas abonadas de una vez o la redención al haber alcanzado el precio de 2 escudos por Ha, confería el dominio pleno y daba lugar a la expedición del título de propiedad. Pero además la distinción en el modo de adquisición tenía otra consecuencia de alcance: solo las gratuitas y las dadas en censo estaban sometidas a la condición de cultivo so pena de caducidad.

²⁴ Sintomático en este sentido y muy clarificador era el enésimo arreglo de la colonia realizado en 1872 por los RD de 26 de octubre (*GM* de 28) y 26 de noviembre (*GM* de 28). Suponen un nuevo reconocimiento del fracaso de una costosa política de colonización financiada por el Estado y una nueva vuelta de tuerca en la economía de empleados y la obtención de recursos. En lo que aquí interesa, por el primero se llegaba incluso a autorizar la venta de los edificios y granjas que el Estado tenía en la colonia y cuya conservación el gobernador no juzgase necesaria; y se corregía el decreto del Gobierno provisional en el sentido de extender el régimen de caducidad de dicha disposición también a las concesiones previas a 1868. Por su parte el decreto de noviembre generalizaba el carácter oneroso de las concesiones, sin perjuicio del reconocimiento de concesiones gratuitas previas, así como de los derechos, propiedad y necesidades de los indígenas de acuerdo con las Leyes de Indias. Las concesiones podían realizarse mediante venta o dación a censo. De nuevo, solo en el caso de la modalidad de concesión mediante venta el dueño recibiría título de propiedad definitivo contra el pago del precio de 1 peso por hectárea. Las limitaciones de extensión, localización y aprovechamiento alcanzaban ahora también a Fernando Poo; se aplicaba el producto de las ventas o censos como recursos locales de los Consejos de vecinos; y, aunque se mantenía la exención fiscal de cinco años, los dueños debían contribuir desde el primero al sostenimiento de las cargas vecinales.

²⁵ AGA, Guinea, 81/6945, exp. 29. *Sobre la conveniencia de establecer en la Colonia un Registro de la Propiedad*. La instrucción de este expediente, que terminó en marzo de 1893 con la negativa de la metrópoli a la creación de un Registro de la propiedad en Santa Isabel, corrió pareja a la de otros expedientes que nos muestran paradójicamente el teórico y estricto control que pretendía tener la metrópoli sobre la concesión de terrenos en la colonia, con independencia de su extensión. En este sentido, poco tiempo después de que el gobernador elevase la solicitud de la creación de un Registro de la propiedad, este mismo funcionario tuvo que informar al Ministerio sobre una solicitud de concesión de 5000 hectáreas, que dio pie a un expediente que concluyó con la orden de exigir plano (en realidad un croquis) y Memoria del sistema de cultivo propuesto a las solicitudes mayores de 50 hectáreas. RO, de 25 de abril de 1893 (*GM* de 23 de mayo), solo un mes después de denegar el establecimiento de Registro de la propiedad.

²⁶ El decreto de 1888 (*GM* de 26 de febrero), que anticipaba la formación de otra disposición para fijar las reglas de las “nuevas concesiones de terrenos”, “así como la revisión y confirmación o caducidad de las ya otorgadas” (art. 11), establecía en esta materia algunas bases relativas a la recaudación y gestión del producto de ventas de solares y terrenos de la colonia (art. 7.1), encomendadas a los Consejos vecinales instituidos en ese decreto orgánico, pero que habría de hacerse con respeto, en todo caso, (art. 7. 2) de “la propiedad, derechos y legítimas necesidades de los indígenas en los términos prevenidos en la Ley 36, tit. 18, lib. 2, en la 5, tit. 12, lib. 4 y en otras del Código de Indias, teniendo además en cuenta que las concesiones otorgadas por los consejos de vecinos ya sean de carácter temporal o perpetuo, a nombre de

Su Majestad el Rey Don Alfonso XIII, no podrán exceder de 50 hectáreas, ni se extenderá por ahora aquella facultad a otra isla del golfo de Guinea que a la de Fernando Poo”.

²⁷ La historiografía jurídica no ha reparado ni en el contenido de esta disposición, ni en las circunstancias de su aprobación por la metrópoli, pero son extremos que no pueden pasarse aquí por alto. Pues, en efecto, conviene advertir que la aprobación en septiembre de 1891 del reglamento propuesto por el gobernador de la colonia en 5 de febrero anterior no se vinculó tanto con el decreto orgánico de 1888 sino con el presupuesto para la colonia de 1892. Efectivamente, fue el RD de 9 de septiembre de 1891 (*GM*, de 17) aprobando el presupuesto de las posesiones españolas en el golfo de Guinea para 1891-1892, el que en su artículo 3.º también aprobó con algunas variaciones ese reglamento del gobernador “para la concesión de terrenos, cambios de dominio y tributación de ellos” y otro proyecto del mismo gobernador de 5 de enero de “impuesto sobre los contratos de krumanes y demás trabajadores”. No solo se trata de sistemática. El contenido de la disposición nos confirma que primaba este interés fiscal, conducente a compensar los crecidos gastos que generaba la colonia ecuatorial, con ingresos generados por las contribuciones de los concesionarios (art. 3), y los devengados por las transmisiones del dominio de estas concesiones (art. 5). Esta finalidad recaudatoria se trataba de conciliar con la colonizadora, lo que se traducía en el establecimiento de la exención fiscal de contribuciones durante los tres primeros años de concesión y de la obligación de limpiar los caminos próximos a las fincas (art. 2).

²⁸ Gracias a la pormenorizada inspección que se hizo del Registro en 1926 (*vid. infra*, n. 69) conocemos en qué consistían estos, siendo benevolentes, pocos, rudimentarios y, en ocasiones, desencuadrados “libros de catastro”: “/.../se examina cuatro cuadernos que forman parte del antiguo catastro rural.=/.../El tomo primero se compone de unas cuantas hojas de diversas clases de papel, encuadradas, pero sin sellar y sin diligencia alguna de apertura ni de cierre. =En la portada hay un sello casi borrado por el tiempo con la siguiente nota: “En 1878 todas las concesiones de terrenos que aparecen en este libro catastral se trasladaron al libro primero del catastro rural,...”=De estas hojas solamente hay 19 foliadas, y en cada una de ellas una sola finca. Comprende desde 7 de noviembre de 1862 a 15 de julio de 1873. Las inscripciones están hechas por el Secretario del Gobierno general, quien se limita a indicar la clase de título (provisional o definitivo), autoridad y fecha de su expedición, linderos y situación de la finca, omitiendo casi siempre la extensión de la misma, y apareciendo dichos asientos sin firmar, solamente rubricados, tal vez, por el Secretario del Gobierno general. En muchas de las inscripciones las equivocaciones se salvan tachando la parte errónea, y colocando encima la nueva palabra: hay notas puestas con lápiz,/.../En ambos libros hay muchas notas puestas con lápiz, falta la entrega de los respectivos títulos a los interesados y figuran pegados a sus folios diversos documentos como una instancia de D. Guillermo A Viveur, solicitando una concesión de terreno, el plano de una finca hecho a lápiz, unos recibos del Consejo de Vecinos de Santa Isabel, etc.=Estos cuadernos fueron trasladados a otro que se llama copia del Catastro rural, y que consta de 400 hojas foliadas, selladas por la Secretaria de Gobierno general. Las inscripciones tienen un margen, para poner las oportunas notas e indicaciones del tomo y folio que tenían las inscripciones en el antiguo Registro catastral, y el tomo libro como folio y número de la finca con que figuran en el moderno Registro de la propiedad.”

²⁹ De los expedientes de concesión de grandes extensiones que pasaron por el Consejo de Filipinas se aprecia cómo, por lo “fácil” que resultaba obtener terrenos en la colonia, quienes los solicitaban lo hacían generalmente con mera finalidad especulativa, que se concretaba en la cesión a otros sujetos de pequeñas parcelas de la extensión concedida. Es fenómeno que no dejaba de señalar el Consejo de Filipinas cuando excepcionalmente se encontraba ante una

petición modesta de un verdadero colono que se proponía seguir cultivando directamente una concesión, cfr. AHN, Ultramar, 5311/10, *Informe emitido por el Consejo de Filipinas y de las posesiones del Golfo de Guinea en el expediente en que Luis A. Lobin, vecino de Santa Isabel, en Fernando Poo, solicita seis hectáreas de terreno en dicha colonia.*

³⁰ A pesar de la longitud merece la pena extractar la consulta del Consejo de 7 de febrero de 1893 que dio lugar a esta disposición: “Ninguno de los informes [preceptivos del art. 1.º del decreto de 1891 para las concesiones de más de 50 Has] marca si la concesión abraza zonas que deban ser respetadas, bien por ser de la comprendidas en las Leyes de Indias como de propiedad de los indígenas o de las que por abrazar ensenadas, bahías o puntos estratégicos convenga reservarlos al Estado. =El único medio de que pudiera conocerse estos extremos, sería el de que toda instancia en solicitud de terrenos sea acompañada de un croquis del que solicita con el mayor número de datos y notas para su aclaración para que por él pueda deducirse si quedan garantidos los intereses de los indígenas y si la zona que abraza es de las que el Estado puede ceder a particulares o conviene reservarla”. Cfr. AHN, Ultramar, 5311/21. *D. Juan Burch solicita en nombre de la sociedad Badía, Aceña y Cia. 5000 hectáreas en Fernando Poo para dedicarlas al cultivo.*

³¹ Estos modelos de nuevos títulos fueron aprobados por RO de 7 de junio de 1894, como resultado del expediente iniciado por el gobernador de Santa Isabel, informado por el Consejo de Filipinas en mayo anterior, *vid.* AHN, Ultramar, 5311/39.

³² Real orden de 12 de noviembre de 1897 aprobando el Reglamento de concesiones de 12 de noviembre de 1897 (*GM* de 16).

³³ Cfr. AHN, Ultramar, 5312/312, *Informe emitido por el Consejo de Filipinas y de las posesiones del Golfo de Guinea en el expediente relativo al proyecto de Reglamento para las concesiones de terrenos en Fernando Poo.* Pues la propuesta del gobernador incorporaba los nuevos títulos de propiedad aprobados en 1894, pero no la previsión de que las concesiones de más de 50 Has se acompañasen de memoria y plano que había sido aprobada en 1893 (*vid. supra*, n. 29). El Consejo de Filipinas consultó en 16 de marzo de 1897 adicionar la propuesta en este último sentido, pues la de 1893 se trataba “de una soberana disposición vigente y que de ningún modo conviene derogar o dejar que caiga en desuso”.

³⁴ De hecho, cuanto más extensa era la concesión solicitada más se dispensaba al concesionario de presentar el plano. En este sentido, ante una solicitud de 10.000 ha que adolecía de la más mínima justificación el Consejo de Filipinas podía tolerar en 12 de octubre de 1898 la ausencia del plano “por tratarse de una concesión en gran escala que ha de dividirse en muchas parcelas”, AHN, Ultramar, 5312/48. En otra solicitud de extraordinaria extensión el Consejo reconocía en 1898 que “hay que tener presente que no es posible hoy en Fernando Poo una demarcación geométrica para lo que se necesitarían brigadas de obreros prácticos a más de un personal facultativo. El deslinde no puede ser otra cosa más que lo que en nuestra legislación de propiedades y derechos del Estado se denominan cuerpos ciertos (*sic*) y todas las probabilidades son de que se entregue a los concesionarios más bien más que menos de las 30.000 hectáreas. La comprobación requeriría iguales operaciones y el mismo personal que el deslinde”, AHN, Ultramar, 5312/37. *Expediente sobre solicitud de los Sres Goiry y Olózaga de concesión de 30.000 hectáreas en Fernando Poo para cultivo.*

³⁵ Según el informe del Secretario General encargado del Registro de propiedad, *rectius*, de concesiones, el movimiento de la propiedad del año 1903 se había limitado a la inscripción de las siguientes escrituras: 26 de compraventas, 47 de hipotecas, 5 de pactos de retro, 1 de cesión temporal, 2 de disolución de Sociedad, 3 de cancelación, 1 de testamento, 2 de formación de Sociedad, 1 de traspaso gratuito y de 32 títulos definitivos, cfr. MINISTERIO DE ESTADO,

(1904), *Memoria que presenta a las Cortes el Ministro de Estado respecto a la situación política y económica de las posesiones españolas del África occidental*. Madrid: Imp. Sucesora de M. Minuesa, 21.

³⁶ “El Registro de la propiedad necesita, como todo lo que en estas Colonias tiene carácter orgánico, grandes reformas, y algunas ha empezado el que suscribe a implantar; pero los vicios de que adolecen las cosas son tan antiguos, que sólo con persistente energía pueden ir desapareciendo.=Hasta ahora apenas han alcanzado a este servicio algunos detalles de la legislación hipotecaria, pues sólo existían libros en los que, sin más formalidades, se copiaban los documentos que de las fincas se hacían. No existen las notas marginales; ni se ha llevado numeración de las fincas, y hasta carecía, entre otros muchos requisitos, este Registro de un libro de presentación; tampoco existe Archivo; en fin, en mi concepto, no responde la forma en que hoy se desenvuelve a los fines para que está creado.=Algunos pequeños detalles ha ido modificando el que suscribe: ya existe un libro de presentación de documentos; se empiezan a hacer las anotaciones e inscripciones en consonancia con las disposiciones de la Ley, y se va dando al Registro la garantía y seriedad que le son precisos.=A pesar de todos mis buenos deseos y esfuerzos, organismo como éste, con defectos de origen como los que en él había, no creo podré dominarlos más que introduciendo una modificación radical en su marcha, para lo cual el que suscribe tiene el honor de proponer: que deben cerrarse con todas las formalidades que la ley señala los libros existentes, que ni aun el encasillado y forma de libros de Registro tienen, pues no son más que libros comerciales, y, una vez cerrados éstos, establecer el Registro con libros completamente nuevos y *ad hoc*, cumpliendo todo lo que prescribe la ley Hipotecaria, señalando horas para las oficinas del Registro, y, en fin, observando todos los preceptos legales en la materia”, *ibid.* 20.

³⁷ En efecto, la exposición de motivos del decreto de 1904 sobre propiedad indígena arrancaba con la cita de las Leyes de Indias. La invocación del legado normativo indiano para autorizar el modo, y explicar las peculiaridades, de la ocupación no dejaba de responder a parámetros coloniales compartidos con otras potencias, pero, en todo caso, suscitaba la interesante consulta del Consejo de Filipinas, AHN, Ultramar, 5311/35, *Aplicación a Fernando Poo de los Códigos, Leyes de Indias, Juicio de residencia de las autoridades, así como algunas reglas de procedimiento y competencia judiciales* (1894). Sobre la utilización de las Leyes en el siglo XIX, véase, LORENTE, M. (1997), La suerte de la Recopilación de 1680 en la España del siglo XIX. En: *XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano: Buenos Aires, 4 al 9 de septiembre de 1995. Actas y estudios*. Buenos Aires: IIHD, Vol. 1, 1997, 431-480.

³⁸ Para los antecedentes más inmediatos de la elaboración del Decreto de 1904 y Reglamento de 1905, es imprescindible la consulta de expediente AGA, Guinea, 81/6420, exp. 7. *Real Decreto de 11 de julio de 1904. Régimen de la propiedad en Guinea y derivaciones de él*. Se trata de una unidad documental compuesta más bien facticia que carece de extracto de secretaría y a todas luces incompleta de la documentación con la que se instruyeron aquellas disposiciones. Citaré oportunamente sus piezas o documentos, comenzando por una *Pro-memoria* impresa que acompaña el anteproyecto de donde procede la cita en texto, 65, y las siguientes hasta que no se indique otra cosa.

³⁹ “Para redactar los artículos referentes al régimen de la propiedad que más abajo se expondrán se han tenido en cuenta, entre otros textos legales, la Ley Hipotecaria española de 1869, el Reglamento para su ejecución, algunas disposiciones análogas que rigieron en Ultramar, el Código civil de 1889, el famoso “Real Property Act”, original de Sir Robert Torrens que, aplicado por primera vez en Nueva Gales del Sur el año 1858, se extendió luego con ciertas modificaciones a las demás colonias australianas, a la Colombia británica y al estado

de Iowa, la ley territorial tunecina de 1 de julio de 1885, debida a M. Cambon, la ley de 9 de marzo de 1896 sobre la propiedad inmueble en Madagascar y un Decreto de 16 de julio de 1897 concerniente a la misma materia, el Decreto de 8 de Marzo de 1899 relativo al Congo francés, el de 20 de Julio de 1900 sobre el Senegal y la legislación del Estado independiente del Congo, tal y como fue resumida en el Boletín oficial de dicho país a fines de 1892.”, *ibid.* 62.

⁴⁰ *ibid.*, 63.

⁴¹ “/.../ ya acercarse a la teoría de que aun respecto a los inmuebles y con relación a terceros es eficaz el principio de que de cualquier modo que el hombre quiera obligarse queda obligado, ya contentarse con que lo actos y contratos saquen su fuerza de la inscripción en el registro, dejando así a la copia del título, si la hay, el simple valor de documento fehaciente en cuanto al momento en que se expidió”, *ibid.*

⁴² Ministerio de Estado. Junta Consultiva de las Posesiones Españolas del África Occidental. R. Beltrán Rozpide y Eladio L. Vilches. *Ponencia al anteproyecto de decreto sobre régimen de la propiedad en los territorios españoles del Golfo de Guinea*, 5 de enero de 1903. Anexo a al Documento n.º 5. [Impreso], 9. Utilizo el ejemplar archivado en AGA, Guinea, 81/6420, exp. 7.

⁴³ Oficio del vicepresidente de la Junta Consultiva de las posesiones españolas del África occidental Tomás Castellanos al Ministro de Estado, remitiéndole dictamen sobre el anteproyecto, marzo de 1903. AGA, Guinea, 81/6420, exp. 7, documento núm. 1.

⁴⁴ RO del Ministerio de Estado, núm. 337, comunicada el 26 de junio de 1911, que transcribe MUÑOZ Y NÚÑEZ DE PRADO, J. (1929). *La propiedad en la Guinea española*. Madrid: Ciudad Lineal, 137-138: “que deben mantenerse en vigor los artículos 52, 53, 54 y 59 del vigente real decreto sobre régimen de la propiedad, así como la de los artículos correspondientes del Reglamento dictado para su ejecución, por virtud de los cuales se confieren ciertas facultades a los Subgobernadores y Delegados, como representantes de la Autoridad, en lo que atañe a la autorización de documentos.” Es tan sencilla la intervención prevista en los artículos mencionados, que este Departamento se inclina desde luego, por mantener el espíritu de lo estatuido para ello en cuanto que lo que se determina en los preceptos citados no es que dichos representantes de la Autoridad, tengan atribuciones notariales, sino que las transmisiones de dominio o de los derechos que otorgase la concesión podrán efectuarse, sin perjuicio de los demás medios legales, por endoso suscrito por el interesado, con la aceptación del adquirente, extendida en el mismo certificado de inscripción ante dos testigos y el representante de la Autoridad pública.=La implementación del referido sistema de endosos constituye un adelanto tan beneficioso para la transmisión de los derechos reales y la intervención de los representantes de la Autoridad, limitada a garantizar la formalidad del acto, es tan elemental, que todo ello aleja la conveniencia de suprimir o reformar lo preceptuado con tanto más motivo cuanto que la residencia del notario es en Santa Isabel de Fernando Poo y una sola notaría es a todas luces insuficiente para atender las necesidades de estos territorios/.../”.

⁴⁵ En el proyecto de reglamento la Dirección, además de ponerse a disposición del Ministerio de Estado para resolver las dudas que pudiera suscitar el proyecto de reglamento que había formado, no dejaba de señalar esa circunstancia de no haber sido oída hasta el momento. Y esa omisión era la que la propia Dirección utilizaba para ceñir su propuesta de reglamento a lo que estrictamente tenía que ver con la dimensión registral del Decreto, dejando entrever que otra era la opinión que hubiera podido elevar sobre los aspectos sustantivos de la norma de constitución de la propiedad colonial en Guinea, si se hubiera contado oportunamente con ella., cfr. AGA, Guinea, 81/6420, exp. 7, pieza 18, *Memoria explicativa del Reglamento para*

el régimen del Registro de la Propiedad de los territorios españoles del Golfo de Guinea, de donde tomo el extracto reproducido en el texto, 1v-2v.

⁴⁶ Y entre las que pueden calificarse de naturales la DGRN no dejaba de hacer alusión a que el decreto de 1904 no había establecido la obligatoriedad de la inscripción una vez inmatriculados los bienes: “estudiando también el propio Real Decreto se observa además que se ha adoptado un sistema mixto en cuanto a la necesidad de inscripción de los títulos en el Registro, no imponiéndose esta obligatoriamente en todos los casos, como sucede en varias de las colonias (australianas)(sic) donde se halla implantado el sistema *Torrens*, ni dejándole en todos los casos a voluntad de los interesados, como permite nuestra Ley Hipotecaria vigente en la Península”. *Ibid.* 3r.

⁴⁷ En otras ocasiones la DGRN invitaba al legislador a la modificación del propio Decreto para mitigar los efectos de los preceptos legales que más desnaturalizaban el sistema *Torrens*, como el que admitía todos los medios legales para la inscripción y aún el documento privado. En este sentido se decía que “admitido el certificado de inscripción de las concesiones del Estado como título de dominio, sería lógico admitir, como sucede en el sistema australiano, que todos los demás actos y contratos modificativos del mismo dominio se hicieran constar a continuación del propio título, para evitar fraudes ni errores en las transmisiones y constitución y extinción de derechos reales, y ya que así no se ordene, debería cuando menos disponerse que para la redacción de los contratos privados, se exigiera la presentación del título de concesión, haciéndose referencia o quedado unidos al mismo.”, *ibid.* 8r.

⁴⁸ *Ibid.* 4r-5r.

⁴⁹ El gobernador general que tuvo que poner en planta el sistema de la ley de 1904 y reglamento de 1905 fue José Gómez de la Serna, cuyo perfil resulta singular por al menos dos motivos. El primero, que no se trataba de un militar de carrera sino un funcionario civil curtido en la Hacienda colonial de Filipinas. Pero el segundo motivo nos resulta mucho más llamativo: su hijo no era otro que Javier Gómez de la Serna y Laguna, por entonces director general de Registros y Notariado. El mismo que había desechado una década antes adoptar el sistema *Torrens* para Ultramar (y con ello para la tierra que le vio nacer, *vid supra.* n. 12), y el mismo que en 1905 confesaba que este sistema era idóneo para la colonia gobernada entonces por su padre. Sobre el perfil de los gobernadores de Guinea véase, introductoriamente, ÁLVAREZ CHILLIDA, G. (2015). Los gobernadores de Fernando Poo (1858-1930). En: Luis, J.P. (ed.). *L'État dans les colonies. Les administrateurs de l'Empire espagnol au XIX siècle*. Madrid: Casa de Velázquez, 157-166.

⁵⁰ “Y ahora, Excmo. Sr. he de hacer ante V.E. una aclaración que estimo pertinente para que quede destruido el juicio que podría formarse de mi criterio al sostener la conveniencia de organizar, tanto el Registro de la Propiedad como la Notaría, con personal técnico e independiente, siendo así que en otra parte de este trabajo he manifestado que en las Colonias de Guinea debíamos procurar simplificar a tal punto el funcionamiento de todas las dependencias administrativas cuanto fuese posible, que debiéramos tan solo dejar los organismos indispensables, que debiéramos reducir el personal administrativo, dejando pocos funcionarios y bien remunerados, etc. Efectivamente, en ello insisto, creo que tanto lo que ahora propongo como lo que dejé dicho al tratar del Juzgado y del Registro, no debiera necesitarse en aquellas Colonias, pero para eso se haría preciso un cambio tan radical en ellas que dudo mucho pudiera llegarse a realizar/.../Allá hemos llevado, con la Constitución de la Monarquía, toda nuestra complicada colección legislativa, desde el Código Civil, el Penal y el de Comercio, las Leyes de Enjuiciamiento, la Hipotecaria y del Notariado hasta los más secundarios Reglamentos y Reales Decretos y Reales órdenes aclaratorias, y esto requiere que los organismos encargados de exigir

el cumplimiento sean tan complicados también como es la legislación misma. Si, como se ha hecho en otras Colonias, hubiéramos procedido o procediéramos a la confección de un sistema legislativo sencillo, adecuado a las condiciones de nuestras posesiones y confeccionado sobre la base de una organización simple y poco numerosa, no habría inconveniente en que, lejos de proponer la creación de estas dependencias o, mejor dicho, su perfeccionamiento, significara a V.E. la conveniencia de suprimirlas. Pero, no siendo así, y considerando muy difícil llegar a tal extremo, creo indispensable introducir las modificaciones propuestas en ventaja de la Colonia”, SAAVEDRA MAGDALENA, D. (1907). *Memoria presentada al Excmo. Sr. Ministro de Estado por el comisario regio en las posesiones españolas del África occidental*. Madrid: Vicente Rico, 105-106.

⁵¹ “[El registro] viene siendo un caos que es preciso desaparezca para que, en lo sucesivo, pueda prestar la utilidad que de él deber derivarse/.../ habiendo ordenado al Juez de primera instancia, durante el tiempo que estuve al frente del Gobierno, una visita de inspección extraordinaria y general a aquel Registro, me comunicó que eran tantas las faltas advertidas como los asientos e inscripciones, y que para precisarlas y subsanar aquellas posibles de subsanar, se haría preciso una revisión total, y en muchos casos, recurrir a la declaración firme de los Tribunales de justicia, etc, etc. Esto es intolerable, Excmo. Sr., un organismo creado para que sirva de salvaguardia de la propiedad, no puede seguir siendo, como es hoy, el mayor peligro que contra ella existe. No creo yo que los mil errores e irregularidades que se perciben en los libros y documentación de dicha oficina sean todo efecto de la mala fe y del escándalo; creo más bien que tengan por causa el desconocimiento y la falta de atención, pero es el caso que son casi iguales los resultados y los perjuicios que se irrojan, aun cuando sea tan diferente el motivo. Aquel Registro no puede continuar así; garantía de la propiedad, todos reclaman con urgencia su organización y regular funcionamiento, y últimamente, en representación de la Colona, la Cámara agrícola ha elevado a V.E. sus quejas, suplicando el envío de un Registrador de carrera, que dé término a tanto desbarajuste y tanta irregularidad como allí se ha cometido.”, *ibid*.

⁵² BARREDA, A. (1907) *Lo que son y lo que deben ser las posesiones españolas del golfo de Guinea*. Madrid: Eduardo Arias, 10-12: “se comprende muy bien que una sola persona [el secretario general del Gobierno] no pueda tener a su cargo asuntos tan importantes, y que al mismo tiempo desempeñe el destino de Registrador de la Propiedad, ya que cada uno de ellos por sí solo basta para ocupar su atención, además de que el Gobierno puede tener que intervenir en alguna acción judicial procedente de asuntos de terrenos, pareciendo natural que ambos cargos fuesen independientes y que al Registro, cargo aún más importante que el de Secretario, puesto que es la base de la propiedad en aquellas posesiones, se destinase un Registrador de la propiedad, el que después de dedicar su atención al arreglo y organización de la dependencia, anotase con los requisitos que la Ley impone, los títulos de propiedad, lo cual sería la base para toda la legislación, y una garantía para aquéllos que deseen emplear sus capitales en sentido hipotecario, ayudando así a aquellos agricultores que, faltos de recursos, están en su mayoría amenazados de ruina; y tan lógica es la separación de ambos cargos, cuanto que en la Península no basta ser Abogado para ser Registrador; hay que hacer estudios y oposiciones especiales, y no todos llegan a la meta, y si esto sucede en la Península, ¿no es más natural que ocurra allí donde la propiedad empieza a nacer, y donde la impericia o el exceso de trabajo de los encargados del Registro puede dar lugar a errores de forma y concepto que no se pueden subsanar sin la intervención de la acción judicial?”

⁵³ En la Península provocaba rechazo corporativo que la Notaría, el Registro de la Propiedad e incluso el Juzgado estuvieran en manos de otros funcionarios de la administración colonial, que acumulaban estos empleos. En este sentido desde una revista corporativa se hizo

ya en septiembre de 1907 “Un ruego a Sres. Ministros de Estado y Gracia y Justicia, Director de los Registros y del Notariado, y Jefe de la Sección colonial del Ministerio de Estado”. *La Reforma. Revista Notarial*, 1058: “como la legislación colonial no existe, y nuestros territorios de Guinea son objeto de la más completa indiferencia oficial en cuestiones de tanta importancia como la fe pública, el registro de la propiedad y la administración de justicia, quisiéramos saber dónde están publicadas las estadísticas oficiales del número y clases de instrumentos que autoriza el notario de Santa Isabel, que es al propio tiempo administrador de Hacienda de la colonia; qué garantías ofrece para el particular el que desempeñe este cargo un funcionario administrativo, y si tanto el Ministerio de Estado, como el de Gracia y Justicia, se han puesto de acuerdo para modificar esta anomalía, y la Junta consultiva de nuestras posesiones ha dictaminado sobre el particular. Igual pregunta hacemos respecto al registro de la propiedad”.

⁵⁴ La mención a la creación de las plazas de registrador y de notario “con categoría de Oficiales de Administración de segunda clase, y con opción además al 50 por 100 del importe de los emolumentos que perciban uno y otro, para atender á los gastos de oficina y persona: que les sean precisos para el mejor desempeño de sus cargos. El otro 50 por 100 deberá ingresar en el Tesoro colonial en concepto de «ingresos eventuales», en Proyecto de ley de presupuestos de las posesiones de África occidental de 12 de diciembre de 1907 (*GM* de 17). Dos años después en la *Memoria que presenta a las Cortes el ministro de Estado respecto a la situación política y económica de las posesiones españolas del África occidental en el año 1910*, Madrid, Ministerio de Estado, 1910, 11-12, se valoraba positivamente la profesionalización de estos servicios: “otros organismos estrechamente enlazados con la administración de justicia y de cuyo buen funcionamiento depende las más de las veces la simplificación de la vía judicial y la imperturbabilidad del derecho, se han mirado también con predilección marcada por parte de éste Centro, creándose en el presupuesto de 1908, el Registro de la propiedad y la Notaría de Fernando Póo, como cargos independientes de la Administración, que hasta esa fecha a ella estuvieron anexas; buscándose la completa independencia de los funcionarios de carrera y la mayor facilidad del servicio, que entorpecía y dilataba la simultaneidad de funciones tan diversas y tan antitéticas en una misma persona.= El resultado de esta mejora ha sido excelente y hoy puede decirse que el Registro de la propiedad y la Notaría mencionadas son un modelo en sus respectivas clases”.

⁵⁵ Así se hacía ver en la quincenal *La voz de Fernando Poo*, que comienza a publicarse, aun con otra cabecera, en Barcelona en 1910.

⁵⁶ (SAAVEDRA MAGDALENA, 1907, 101-104).

⁵⁷ En este sentido, no me resisto a citar sendos expedientes que ponen de manifiesto la cicatería institucional y las dificultades para encontrar personal especializado para servir el Registro de Santa Isabel. En el primero, AGA, Guinea, 81/7073, el Ministerio de Estado intentó en 1920 que el registrador de la propiedad de Santa Isabel pagase de su bolsillo los libros del registro de inscripciones que hasta entonces le facilitaba (excepcional y) gratuitamente. El segundo, AGA, Guinea, 81/7055 muestra las dificultades en 1911 para cubrir la vacante del Registro de Santa Isabel, porque registrador alguno estaba dispuesto a concurrir a las convocatorias y los aspirantes preferían esperar un puesto de entrada en la metrópoli. En este expediente el Ministerio de Estado se conformó con la sugerencia de la Dirección General de Registros y Notariado en el sentido de dotar estas vacantes con registradores interinos de la misma manera que en la Península, entre sujetos letrados nombrados por la misma Dirección General.

⁵⁸ [MINISTERIO DE ESTADO]. (1912). *Memoria que presenta a las Cortes el ministro de Estado respecto a la situación política y económica del África occidental en el año de 1912*. Madrid: Ministerio de Estado, 11; ID. (1914) *Memoria que presenta a las Cortes el ministro de*

Estado respecto a la situación política y económica del África occidental en el año de 1914. Madrid: Imp. Juan Pérez Torres. En esta se llegaba a proponer terminar con el sistema especial de retribución del notario y registrador coloniales, que consistía en el señalamiento de unos haberes completado con la mitad del producto de los derechos por arancel. Se hacía ver que ese sistema mixto pudo tener justificación en otra época, cuando el estado incipiente de la colonia rendía escasos emolumentos a la gestión notarial y del registro. Por eso se pedía eliminar ese sueldo a cambio de que estos funcionarios percibiesen íntegramente el producto de dichos emolumentos, 85; ID. (1915). *Memoria que presenta a las Cortes el ministro de Estado respecto a la situación política y económica del África occidental en el año de 1915.* Madrid: Imp. Juan Pérez Torres, 13; ID. (1919). *Memoria referente a la situación política y económica del África occidental en los años 1916 a 1918.* Madrid: Vicente Rico. Esta memoria incorporaba unos estadillos referidos al quinquenio 1911-1915 sobre el producto de aranceles registrales (con una media de 3351 pesetas) de número de documentos inscritos (con un mínimo de 200 documentos en 1912 y máximo de 332 en 1915); y de cuantía de las sumas satisfechas en concepto de impuesto de derechos reales y de transmisiones (con un mínimo de 11.379 pesetas en 1911 y máximo de 28.869 en 1914). Estos datos llevaban a ministro a afirmar “la importancia que tiene en la Colonia el Registro de la Propiedad, donde el propietario y el acreedor encuentran las garantías necesarias a todos los negocios que tienen por base la propiedad del suelo y la producción agrícola, pudiendo afirmarse que por el Registro podría fácilmente conocerse el estado y la riqueza de nuestras posesiones”, 16-17.

⁵⁹ RD de 21 de junio de 1920 (*GM* de 25) dando disposiciones sobre la organización y régimen de la propiedad en los territorios españoles de la Costa del Sahara, que indicaba además que la Administración ajustaría sus resoluciones en cuanto fuera posible al régimen de Guinea.

⁶⁰ El Decreto de 13 de julio de 1933 (*GM* de 14) aclaró que el de 1920 era de aplicación no solo en el Río de Oro sino también en los demás territorios de soberanía española en el África Occidental, y el Decreto de 10 de abril de 1934 (*GM* de 11) rectificó el anterior exceptuando Guinea de la aplicación de decreto de 1920, pero incluyendo, sin embargo, los territorios de “ocupación o protectorado español”.

⁶¹ Que lo dispuesto en 1920 para el Sahara fuera igual “en sus preceptos fundamentales y desarrollo normativo” a lo establecido en 1904 para Guinea era, en la exposición de motivos del Decreto de 13 julio de 1933, “cosa natural, porque siendo ambas Colonias españolas, deben regirse por disposiciones similares, sobre todo en cuanto al régimen de la tierra”.

⁶² Así se puede comprobar en la tesis doctoral del comandante del Estado Mayor, BENAVIDES MORO, N. (1926), *La colonización y el Acta Torrens en el norte de África*, Valladolid: Imp. Colegio Santiago, que da cuenta de las experiencias de la implantación o su intento en Túnez, Argelia, y las dos zonas de protectorado de Marruecos. En este estudio no podía menos de haberse referencia a que el Registro de Inmuebles creado por el Dahir de 10(sic) de junio de 1914 para Zona española del protectorado se basó “en lo hecho en nuestras posesiones del Golfo de Guinea y en el sistema adoptado en la zona francesa”, 149. A pesar de las profundas diferencias entre el régimen del Dahir y el del 1904 para Fernando Poo, el Reglamento de 1905 del segundo, que terminó desnaturalizando el *Torrens* guineano, se estableció como supletorio provisional del primero (Disp. transitoria 2.^a). Utilizo texto del Dahir por CORPME (1996) *Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución.* Madrid: Castalia, Tomo 6, vol. 1, (=LHE), 1045-1061.

⁶³ Así lo expresaba, reconociendo esta ventaja de la inscripción que había aconsejado a un comprador español para sortear la competencia de los tribunales coránicos, MARINA EN-CABO, J.F. (1933). La inscripción de inmuebles en los registros de la zona de nuestro protec-

torado de Marruecos. *RCDI*, núm. 108, 910-912. Justamente también lo destaca ahora CAÑABATE PÉREZ, J. (2021). El régimen de la propiedad en el Protectorado español de Marruecos: Colonización jurídica y marginación de las formas tradicionales. *Ius Fugit*, núm. 24, 267-299.

⁶⁴ Abría el debate MARINA ENCABO, J.F. (1935). El sistema hipotecario peninsular en el Marruecos español. Su eficacia para la movilización inmobiliaria en aquella zona. *RCDI*, núm. 127, 527-539, con la siguiente afirmación: “para que el sistema hipotecario de la Península sea en nuestra Zona del Protectorado marroquí medio o causa eficiente para [la movilización inmobiliaria], se precisa su implantación allí. Porque el australiano inglés, conocido por el Acta *Torrens* y que es el que hoy rige, podrá ser, sí, un medio para la movilización a que me refiero, pero eficaz no.” Sin entrar en liza con el anterior, en la misma revista publicaba por entrega sFRANQUEIRA, R.V. (1940-1942), La propiedad inmueble en Marruecos como base posible del crédito territorial, *RCDI*, núms. 150, 153, 162 y 169; pp. 643-648; 91-96; 671-681; 395-405. A esta serie replicaba MARINA ENCABO señalando los errores del compañero y, por lo que aquí importa, indicando que “es funesto para la pequeña propiedad el sistema que pretende facilitar su movilización”, MARINA ENCABO, J.F. (1943). La propiedad inmueble como medio eficaz de colonización en la zona española de Marruecos. *RCDI*, núms. 145 y 182; 459-462, 681-686. En todo caso, por su diferente contexto, cronología, propósito y alcance, este *Torrens* español norteafricano sería merecedor de un estudio que rebasa ya las posibilidades e intención de estas páginas. Anticipo, en todo caso, planteamiento, perspectivas y primeros resultados en MARTÍNEZ-PÉREZ, F. (2025), *Torrens a la española. Constitución de propiedad colonial por el Registro en África (1894-1949)*. En: *Centro y periferias en la Historia del Derecho: territorios, pueblos, tiempos, ideas*. Madrid: Dykinson, en prensa.

⁶⁵ En AGA, Guinea, 81/6420, exp. 4. *Visita de inspección al Registro de la propiedad de Santa Isabel*.

⁶⁶ 17 de abril de 1926. Oficio del Gobernador General al director general de Marruecos y Colonias. *Ibid*.

⁶⁷ RD de 5 de mayo de 1926, (*GM* de 6): “el aumento considerable de petición de terrenos para su cultivo en nuestras colonias del Golfo de Guinea, que es de esperar se intensifique aún más al poner en práctica las diversas medidas que activamente se estudian para fomentar la riqueza de aquellos fértiles territorios, obliga a rodear de las máximas garantías cuanto se relacione con la concesión de tales bienes del Estado. /.../Cierto que son bastantes, por fortuna, los colonos que, con su laudable esfuerzo, lograron aumentar considerablemente la producción de nuestras colonias, especialmente en Fernando Poó pero pueden señalarse algunos casos, que conviene evitar se repitan; de concesiones importantes de extensiones de terrenos, hechas en forma alternativa y aun sin detallar con exactitud su perímetro, sin que deje de haber alguna no empezada a cultivar, no obstante haber expirado con creces los plazos concedidos por el Estado a ese fin.”

⁶⁸ A la vista de estas otras actas de inspección, que se encuentran archivadas en AGA, Guinea, 81/6420, exp. 6, se explica la imagen distorsionada que arrojaban las memorias presentadas a las Cortes por el Ministerio de Estado, *vid, supra*, nn. 54 y 58.

⁶⁹ Hay ejemplar mecanografiado de la *Memoria* con el título “Bases para la Reorganización del Registro de la Propiedad de Santa Isabel de Fernando Poo”, en AGA, Guinea, 81/6421, exp. 1. Aunque puede ser más accesible el, también mecanografiado, que se encuentra en la Biblioteca Nacional, SERRANO UBIERNA, J.L. (1926). *Visita de inspección al Registro de la propiedad de Santa Isabel*, [s.l.] [s.n.], prefiero citar por el primero porque el segundo inicia paginación con cada epígrafe.

⁷⁰ /.../Además de los grandísimos errores e inexactitudes, que con sucesivas transmisiones e inscripciones se han aumentado en una progresión geométrica, se ha llegado a una situación tan confusa en la que ni el Estado sabe el terreno concedido, por tanto, el que puede conceder, en que hay fincas completamente abandonadas, por no saberse cuál es su dueño con gran perjuicio para la producción colonial, otras en que por atribuirse derechos dominicales varias personas, se originan conflictos jurídicos, otros en que los títulos de concesión y sus respectivas inscripciones, no tienen ningún valor, por estar en contra de la realidad, y otras en las cuales son de derecho las concesiones caducadas” *ibid.* 31.

⁷¹ Que posteriormente la R.O. de 18 de agosto de 1926 (*BOC* de 1 de octubre) resumía así: “a) No tener relación el punto de partida para levantar el plano de la finca con ningún punto fijo de la misma; b) Levantarse dicho plano sin audiencia ni intervención de los dueños de los terrenos colindantes. c) El tenerse que citar como linderos, en muchas concesiones, montes del Estado en tres o cuatro linderos. Además, no se justifican en dichos expedientes de las condiciones determinadas en los núms. 5 y 7 del artículo 26 del citado Reglamento, pues se ha despojado a muchas tribus indígenas de sus terrenos y aun cuando en muchas solicitudes, el exponente manifiesta declarar no tener otras concesiones, en el mismo título de concesión se pone como lindero finca de la propiedad del adquirente. Por no haberse ordenado en debida forma los expedientes de caducidad, resulta una finca inscrita dos veces en el Registro de la Propiedad, una con título provisional y otra con título definitivo, ya que al concederse este último la extensión y linderos de la misma cambia radicalmente”. Este decreto de agosto, posterior a la visita de julio, sin embargo, terminaba afirmando que “para remediar este mal se había dictado el decreto de 5 de mayo”.

⁷² No dejaba de señalarlo Serrano como una de las causas de la desorganización del registro “no imputable” al registrador, en crítica al art. 319 del reglamento de 1905, que establecía como superiores jerárquicos del registrador, con facultades de corregirle disciplinariamente, al juez de primera instancia, al gobernador general y al ministro de Estado: “este precepto puede tener relación con la inscripción de concesiones no muy ajustadas a la Ley, de sentencias en cuyo juicio no se tramitó por el procedimiento adecuado, de órdenes dadas por el Gobernador General, que cambian la extensión y linderos de las fincas inscritas ¿pues cómo iban a negar órdenes de un superior jerárquico con facultades para corregirle disciplinariamente?”, (SERRANO, 1926, 22).

⁷³ /.../Este desbarajuste es tan grande que trasciende a la misma Hacienda pública, con grave perjuicio al Tesoro por no saberse, y esto es el colmo, cuáles son las fincas que deben pagar contribución, por no poderse trabajar en debida forma el embargo de las que no pagan contribución, siendo de hecho el pago de la contribución territorial, voluntaria en el contribuyente”, *ibid.* 32. En el mismo sentido diez años antes el fundador de revista defensora de los intereses de los propietarios denunciaba que la contribución territorial recaía solo en los dueños más conocidos porque eran dos tercios los “burladores de la ley” que eludían el impuesto por no tener registradas sus propiedades, LÓPEZ CANTO (1916) ¿Debe España conservar nuestras posesiones en Guinea?, Barcelona, 14, *apud.* (GARCÍA SANZ, 1983, 112).

⁷⁴ En la exposición de las líneas fundamentales de estos sistemas Urbano no hacía sino resumir los contenidos de GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J. (1924), *Estudios de Derecho Hipotecario*, Madrid: Imp. Estanislao Maestre.

⁷⁵ En este sentido el RD de 1 de junio de 1927 (*GM* de 2) concedía la categoría superior inmediata al Registrador que sirviese durante tres años (dos de ellos consecutivos) el Registro de Santa Isabel, para hacerlo valer en los concursos de provisión de vacantes.

⁷⁶ “.../ tardando tanto tiempo como se solía tardar en la tramitación de los expedientes, cinco o seis años, y tres para la medición del título, en algunos casos no pudiendo esperar el colono tanto tiempo para hacer sus trabajos, tuvo que, en contra de la ley, hacer las explotaciones, introduciendo una posesión que, aunque contra la ley, no sería muy justo el [no] respetarla, o en no concederle el respectivo título, aun cuando solo fuese por el trabajo empleado a costa de su salud”, (SERRANO, 1926, 21).

⁷⁷ El art. 2 del Decreto de 5 de mayo de 1926 daba seis meses a los poseedores de terrenos que no tuvieran título inscrito en el Registro de la Propiedad para solicitar la convalidación de sus “derechos de propiedad y posesión” mediante la certificación y pago que fuesen procedentes, siempre que tuvieran con antelación tales terrenos en cultivo. Posteriormente, por RO de 18 de marzo de 1927 (*BOC* de 15 de abril) considerando, entre otras circunstancias, el riesgo de que “unos 1.500 propietarios o poseedores, en su mayoría indígenas, puedan verse privados de sus fincas por la declaración de caducidad de peticiones o concesiones” se prorrogó dicho plazo (art. 1), y se instó a estos poseedores a que presentaran en el Registro las pruebas escritas que posean sobre sus derechos y el plano levantado por el Servicio Agronómico de la colonia o con el Visto Bueno del mismo, con descripción de los terrenos, su situación, cabida y linderos, etc.” (art. 2).

⁷⁸ Instrucciones aprobadas por Decreto del Gobierno General de la colonia de 22 de junio de 1927 (*BOC* de 1 de julio). En AGA, Guinea, 81/8138 donde se halla el expediente que dio lugar a las instrucciones, se conserva un ejemplo de “información instruida sobre finca de 1 Ha, propiedad de Baltasar Esobo que falleció, dejando herederos”, en el que, solo sobre la declaración de los bubis de un poblado y una certificación de nacimiento, se reconoció la propiedad de una finca a uno de los hijos del último titular indígena, prefiriendo esta posesión civil a la de los arrendatarios de un finquero español.

⁷⁹ RO de 3 de mayo de 1930 (*BOC* de 15 de junio).

⁸⁰ OM de 22 de abril de 1932 (*BOC* de 1 de julio) autorizando al gobernador general a otorgar las concesiones de terrenos de su competencia a favor de peticionarios indígenas de menos de 20 hectáreas.

⁸¹ Sobre el establecimiento y vicisitudes del Registro territorial de Guinea durante la Segunda República, AGA, Guinea, 81/8136, exp. 3.

⁸² Este autor era primo hermano del Gobernador Núñez de Prado. En la carta que una “comisión de agricultores” remitió al ministro del Ejército en 23 de junio de 1930, quejándose de la actuación del Gobernador, denunciaban que se había obligado al secretario letrado Rodríguez Sarmiento a pedir su cesantía para darle este puesto a este familiar del gobernador. AGA, Guinea, Caja 197, *apud*, (BALLANO, 2014, 377).

⁸³ “Así como en el Registro Civil no se anotan multitud de hechos de extraordinaria importancia para las personas; en el de Propiedad tampoco debe constar lo que no sea substancial. Para el individuo el cambio de domicilio es como para la finca el cambio de dueño; y, sin embargo, a nadie se le ocurrirá que deben apuntarse las distintas residencias de las personas: ¡cuántos libros necesitarían algunas clases del Estado! El matrimonio, la incapacidad y la muerte, que todo viene a ser parecido, es objeto de inscripción; lo demás no se anota en el Registro Civil. Así también en el de Propiedad no interesa la constancia de muchos de los antecedentes que hoy figuran en los libros. La mayoría de los derechos reales, los arrendamientos, los embargos preventivos, las anotaciones de demandas, las transmisiones, etc. le será de utilidad saberlas a los interesados y a los que con ellos hayan de contratar ¿Pero es que solamente puede llegarse al conocimiento de todo ello por mediación del Registro? Haciendo obligatoria la anotación en el título real de tales circunstancias y siendo necesaria la presentación del mismo ante quien haya

de autorizar los hechos mencionados, para que tenga validez, no será posible que a nadie pasen desapercibidas. Con una simple diligencia, que aluda al contrato en que detalladamente se haya extendido cuanto desearan los otorgantes, bastará, a cualquiera que intente negociar con el dueño del inmueble, para ponerle en condiciones de adquirir todas las noticias que puedan serle útiles al objeto que se proponga.”, (MUÑOZ NÚÑEZ DE PRADO, 1929, 288).

⁸⁴ *Ibid*, 287.

⁸⁵ El Decreto de 26 de julio de 1934 (*BOC* de 15 de septiembre) que creaba la Inspección General de Colonias ya preveía la de un “Registro territorial que recoja los trabajos de agrimensura e inicie la formación de un catastro que permita conocer con exactitud aquellos territorios”. (base 2.^a c). Pero sería a partir de la ley de presupuestos para los últimos tres trimestres de 1935, de 30 de marzo de ese año (*BOC* de 1 de junio) cuando se estableció que “art. 6.º Los trabajos de mediciones de fincas y solares en el golfo de Guinea que estaban a cargo de los Servicios Agronómico y Forestal pasarán a depender del Registro territorial en su Sección Agrimensura”. De hecho, a esto se reducía el soporte normativo para esta reforma institucional, como tuvo que poner de manifiesto el entonces registrador José Martín Gamero en informe que elevó al gobernador general en 17 de abril de 1935 en el que demandaba de la Inspección de Colonias que formara los decretos o reglamentos para poner en ejecución ese mandato de la ley de presupuestos, para lo cual, y por lo que se refiere a los servicios de agrimensura y catastro, mencionaba que ya había un proyecto elaborado por él mismo y su antecesor en el cargo, Molina Arrabal, cfr. AGA, Guinea, 81/ 8136, exp. 3, *Informes*. Esta situación no había variado mucho en 21 de septiembre de 1940, cuando el registrador Angel Colmeiro oficiaba al gobernador pidiendo que se dictase una Ordenanza para arreglar el Registro territorial, ante la inexistencia de legislación colonial en esta materia, y porque la mayor parte de las disposiciones sobre esta institución eran las contenidas en sucesivas Leyes de Presupuestos. La respuesta del gobernador en 20 de marzo de 1941 fue la de encomendar al propio registrador que elaborase un “proyecto legislativo y reglamentario”, que no me consta que llegara a formar, cfr. AGA, Guinea, 81/8138.

⁸⁶ SERRANO UBIERNA, J.L. (1933-1934). Derecho Inmobiliario de la Guinea Española, *RCDI*, núms. 99, 100, 104, 115, 174-191, 263-270, 596-610, 839-845, 534-542.

⁸⁷ Así cuando, tratando de cómo el Reglamento 1905 había afianzado la naturaleza de ley de terceros del régimen inmobiliario de Guinea, concluía que la normativa creaba “hasta cinco posiciones jurídicas distintas en el régimen de propiedad, en oposición con el Acta *Torrens*, que tiene por fin la simplificación de trámites y la sencillez y perfecta claridad del sistema inmobiliario”, *ibid.*, 603. O cuando censuraba que el principio de legalidad que desarrollaba esa normativa, mera copia de la peninsular, tenía un espíritu contrario al Acta *Torrens*, basada en la irrevocabilidad del título y la indemnización del perjudicado en caso de error, *ibid.*, 605. O cuando, en relación con el principio de tracto sucesivo, le parecía que el art 92 del Reglamento facultaba la aplicación también en Guinea de los peninsulares expedientes de posesión y dominio, *ibid.*, p. 607; o, cuando, en fin, juzgaba que el principio de inscripción estaba regulado de forma muy imprecisa en Guinea, y que allí incluso los arts. 103 y siguientes del Reglamento podrían dar pie a admitir, lo que no admitía el decreto de 1904 (art. 29) y era anatema para el sistema *Torrens*: la prescripción *contra tabulas*, *ibid.* p. 607.

⁸⁸ MOLINA ARRABAL, J. (1933). “Derecho Inmobiliario de la Guinea Española, Carta abierta”. *RCDI*, núm. 105, pp. 666-670. (SERRANO UBIERNA, 1933, 839-842) interrumpía la publicación de su trabajo para contestar a las alusiones de su compañero.

⁸⁹ Y enfatizaba: “importa subrayar esto último, porque se ha dicho, se ha impreso y circula como corriente error de calificar a nuestro sistema hipotecario colonial como filial del australiano de la “*Torrens Act*”, siendo así que en las posesiones españolas (y salvo un intento

en Filipinas en 1893) jamás se ha perseguido implantar un sistema como éste, que exige el supuesto previo de un Catastro parcelario que ni en la Metrópoli existe después de un siglo de trabajos, y menos aún en la Colonia, cuyo territorio continental ha empezado a conocerse bien en 1926. No hay, pues, sistema *Torrens*, sino copia del híbrido peninsular, donde coexisten instituciones del personalista francés y del territorialista alemán. Las notas culminantes de nuestra Ley Hipotecaria, el principio de tercero, la publicidad, la antigüedad y el tracto sucesivo, están recogidos en los arts. 53, 66 y 55 respectivamente, del Real decreto, que, por lo que hace a la voluntariedad, forma de la inscripción y convalidaciones, adopta con ligeras variantes el criterio de la Ley Metropolitana (art. 46, 47, 52 y 54); en cuanto al régimen de hipotecas, ni siquiera los arts. 41 a 78, especialmente desde el 69, introducen novedades de tipo colonial en el régimen común y, a mayor abundamiento, la disposición final de vigencia supletoria de la Ley Hipotecaria metropolitana y el Reglamento de 16 de enero de 1905 acentúan la impresión de copia con adaptaciones en este sistema.”, CORDERO TORRES, J.M. (1941). *Tratado elemental de Derecho colonial español*, Madrid: Editora Nacional, 198-199.

⁹⁰ La perentoriedad de una reforma del régimen de propiedad, además de a un nuevo estado de cosas, respondía también a la necesidad de poner fin al estado de suspensión de concesiones. Antes del final de la Guerra Civil se elaboró un proyecto de reglamento sobre ordenación y régimen de la propiedad de enero de 1939, que fue ampliamente informado en la metrópoli. El texto del anteproyecto, los informes emitidos por diversos departamentos ministeriales, y el proyecto definitivo, acompañado de una muy interesante Memoria de abril de 1941 en AGA, Guinea, 81/8138, [Caja G-1869]. Por lo que aquí interesa, en esa *Memoria* la Sección de Colonias del Ministerio justificaba en aras de la inmediata aplicación de la nueva disposición solo haber recogido los aspectos fundamentales sin “proceder con exceso vigor técnico”. Estos detalles habrían de quedar para un futuro Reglamento que sustituyera al de 1905. Pero, a su vez, añadía que ese nuevo Reglamento “no podrá dictarse hasta que con separación se resuelva el problema del Registro de Inmuebles y se decida el sistema inmobiliario que en la Colonia convenga seguir, tal vez distinto del establecido en los preceptos vigentes”. 10-11.

⁹¹ MOLINA ARRABAL, J. (1946). Propiedad territorial en Guinea (=Conferencia leída por su autor en el Ateneo Barcelonés, el día 9 de febrero de 1945). En: *Labor de España en África*. Barcelona: Alta Comisaría de España en Marruecos (pp. 281-307), 300.

⁹² “El beneficio principal que presta el “Acta *Torrens*” es el de movilizar la propiedad inmueble, o sea dar a este derecho, identificado con el título o el certificado de inscripción, la misma facilidad de circulación que tiene un billete de Banco”. *ibid*.

⁹³ “¿Necesita la propiedad de los europeos circular con la facilidad de un billete de Banco? Nada de eso. Si para finqueros o labradores en la Península no sirven todos, mucho menos para finqueros coloniales: aquello es un oficio difícil y se necesita cierta vocación; luego si el tal título de propiedad se ha de mover entre pocas manos y despacito ¿para qué quiere las alas de un billete al portador? Además, los finqueros europeos, pasada la primera época de la aventura, son ya gran capitalistas, o con cierto ciclo económico de larga duración en sus negocios, y no necesitan del crédito territorial oscilante y pasajero, característico de los negocios bancarios.”, *ibid*.

⁹⁴ En el caso de la propiedad indígena, la vinculación de la colectiva a una familia; o, en el caso de la individual, la restricción de las facultades de quienes eran asimilados a menores eran razones que repudiaban las facilidades de enajenación. Respecto de las concesiones a censo o las madereras, el daño que podría seguirse al Estado en la interrupción y subrogación de unas concesiones de enorme extensión e importancia del capital inicial de explotación hacía esencial una fijeza e identidad del concesionario que justificaba además la necesidad de autorización gubernativa previa para su transmisión (ex. art. 17 de la RO de 1 de agosto de 1928), *ibid*. 300-301.

⁹⁵ (SERRANO UBIERNA, 1926, 63): “hemos prescindido de los que atacan el Acta *Torrens* por su carácter intervencionista, que hace que muchos la llamen ley socialista, porque es intervención del Estado, [en] las relaciones jurídicas es innegable, y menos en aquellas que para su publicidad y garantía tienen necesariamente que conocer. Por otra parte no hay nadie que no reconozca esta intervención en las relaciones privadas por medio de la Ley de aguas, minas, propiedad industrial, reglamento de policía rural, forestal, urbana, industrial, sanitaria, por la expropiación forzosa, por la servidumbre de carácter público, o por las necesidades de la defensa militar, hoy el propietario tiene que consentir ciertos actos sin indemnización, como el tendido de los hilos de la luz eléctrica, ciertas limitaciones al derecho de disponer, o por el ejercicio de la caza y pesca, o por la prescripción, o a la limitación de cosas abandonadas, a la libre disposición del tesoro oculto, o al libre uso de la propiedad literaria, artística, industrial, a la limitación de las manos muertas, al de las Asociaciones fundaciones, sociedades benéficas, o por higiene, obras públicas, impuestos, limitaciones impuestas por el Estado, provincia o municipio, por la relación de la vida privada con la pública, ornato público, alineación de las calles, mejora interior de las poblaciones, apertura de nuevas vías, servidumbre... y hasta las establecidas en la moderna teoría del abuso de derecho”.

⁹⁶ (MOLINA, 1945, 294-296), recuperando en su conferencia fragmentos del informe que como registrador de la colonia emitió indicando varios casos en los que la deficiente identificación de las fincas, surgida de la confusa y no arreglada práctica de concesión de terrenos, no prevenida por la existencia de un Catastro previo, había llevado a situaciones de doble inmatriculación que desembocaban en conflictos ante los tribunales.

⁹⁷ En un primer comentario del Reglamento de 1948 que vino a sustituir el de 1904, José Martín-Gamero, registrador que lo había sido de Santa Isabel, claramente así podía calificarlo, a la vista de la experiencia directa en el Registro tropical: “/.../la finalidad del legislador de 1904/.../fue enfrentarse con el problema de la carencia de funcionario idóneo —Notario— en toda la extensión de la Colonia y facilitar así la contratación, de otra manera casi imposible: y así lo reconoce el preámbulo-exposición del Real Decreto de 1904/.../Esta era la situación hasta la promulgación de la reciente Ley [de 1948] que ocasiona estos comentarios; y es obligado añadir que los indicados preceptos pseudoaustralianos a que acabo de referirme no fueron, que yo sepa, utilizados nunca en la práctica. A lo menos, en los cuatro años que regenté el Registro de la Colonia no se presentaron a inscripción más documentos —aparte de los expedientes de concesión para inmatricular— que escrituras públicas otorgadas ante Notario de la Península —frecuentemente, de Bilbao— o ante Notario de la Colonia, residente en Santa Isabel, y que periódicamente visitaba la Guinea continental, donde los que tenían que otorgar algún documento le esperaban o avisaban con tiempo. Las ausencias por licencia o enfermedad del Notario se suplían confiriendo el Gobernador la fe pública a otro funcionario-letrado que regentaba interinamente la Notaría de Fernando Poo”, MARTÍN-GAMERO, ISLA, J. (1948). Régimen de la propiedad territorial en Guinea. *RCDI*, núm., 242, 438-454. También (MOLINA ARRABAL, 1945, 300), había reconocido que algunas de las facilidades de movilización del acta *Torrens* por el que se había decantado el legislador de 1904, como el endoso en los certificados de inscripción había sido “olímpicamente despreciada por los terratenientes coloniales”.

⁹⁸ Que además daba pie a que, contra los esfuerzos en negar este parentesco, se extendiera la idea en derecho comparado, aun confesando algún autor su desconocimiento sobre los detalles y la práctica de este sistema en las colonias españolas, (PATTON, 1949, 49).

⁹⁹ Y así seguiría considerándose, a pesar de las excepciones que veremos seguidamente en los últimos años de dominio colonial, de lo que se ocupó el último de los registradores españoles, MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, J. (1970). *Estudio de la legislación hipotecaria de Guinea. Su único procedimiento inmatriculador*, Madrid: Editora Nacional.

¹⁰⁰ La oposición a la redacción del art. 52. 2.º del proyecto ministerial se concretó en una enmienda que encabezaba el procurador (e ingeniero agrónomo) Cavestany, fundada en que “la dirección de los trabajos catastrales rústicos y urbanos, de carácter técnico” debía estar encomendada a las Jefaturas de los Ingenieros Agrónomos y Arquitectos que los realizan, al igual que ocurre en España. La reacción del Gobierno a esta enmienda fue tajante. Los motivos para rechazarla dicen más sobre el fracaso de la coordinación en la Península que sobre el mantenimiento de la integración en Guinea. Por eso no me resisto, a pesar de su longitud, a reproducirlos: [Los efectos de admitir esa enmienda serían:]^{1.º} “Despojar al Registro de la Propiedad del servicio catastral que está llevando bien desde que se lo encomendaron en 1935. 2.º Contradecir la Ley sobre la Propiedad lo que acertadamente vienen disponiendo todas las leyes de presupuestos de Guinea desde hace catorce años. 3.º Matar el Servicio catastral, porque a los Ingenieros Agrónomos y a los Peritos Agrícolas no les interesa que el Catastro se haga bien, o no se haga; ni les daña el que se lleve mal, ni el que se complete y conserve la labor realizada. Con certificar en sus mediciones que no se han formulado reclamaciones al medir el terreno, salvan su responsabilidad. 4.º Camuflar un mérito del Registro de la Propiedad, impidiendo terminar sus trabajos. 5.º Establecer una absurda asimilación entre la Guinea y España respecto a la significación del Catastro. 6.º Provocar, a consecuencia del cantonalismo de toda organización por servicios, que el Registrador esté a merced de la despreocupación ajena por el Catastro, en cosa tan fundamental y de responsabilidad para él como la identidad de las fincas y la seguridad de los derechos sobre ellos. 7.º Molestar al público, titular de inmuebles o derechos sobre ellos, haciéndole ir con sus escrituras públicas del Registros al Servicio Agronómico, o viceversa, para un mismo fin jurídico o estadístico. 8.º Restablecer un régimen fracasado en Guinea, a sabiendas de ello y fundándose en una inexactitud, porque, en España no llevan el Catastro las Jefaturas Agronómicas... Hoy se encuentra realizando la Cartografía y el Catastro de la Guinea continental el Servicio Geográfico del Ejército/.../” Cito la enmienda y la motivación para su rechazo por *LHE*, 967, 979-980.

¹⁰¹ (CORDERO TORRES, 1945, 279).

¹⁰² Aunque luego se previera alguna cautela para evitar la aparición de enclaves de estas posesiones indígenas en nuevas concesiones como el requisito contenido en el art. 6.d) de la Orden de 14 de marzo de 1949, (*BOC* de 1 de mayo) que en el caso de concesiones de cultivo exigía informe “del Patronato de indígenas sobre si el emplazamiento propuesto de los terrenos de la concesión lesiona o no los derechos de algún indígena sometido a su tutela, y forma de salvaguardar tales derechos.”

¹⁰³ Orden de 10 de noviembre de 1952 (*BOC* de 1 de enero de 1953) aclarando la Orden de 23 de diciembre de 1944 sobre caducidad de asientos del antiguo Registro de Concesiones. Probablemente esta disposición fue resultado del expediente contenido en AGA, Guinea, 81/8138 que incluye un interesantísimo informe del Registrador de la propiedad en el que parangonaba la situación de los indígenas que no trasladaron los asientos del Registro de concesiones al moderno Registro de la propiedad y que los dejaron caducar tras 1944, con los titulares de asientos en las antiguas Contadurías de Hipotecas que tampoco los trasladaron al Registro de la propiedad y los dejaron caducar tras la reforma de la Ley Hipotecaria de 1909. La comparación tenía la finalidad de dar una solución a los primeros con la expresión de una doctrina que resultaba deletérea de las bases fundamentales del sistema *Torrens*: la caducidad del asiento no supone la del derecho.

¹⁰⁴ Orden de 13 de junio de 1953 (*BOC* de 1 de agosto).

*Trabajo recibido el 15 de noviembre de 2024 y aceptado
para su publicación el 16 de enero de 2025*

El tratamiento concursal del *factoring*

The bankruptcy treatment of factoring

por

BLANCA TORRUBIA CHALMETA
Profesora agregada de Derecho mercantil
Universitat Oberta de Catalunya

RESUMEN: El artículo analiza el tratamiento del contrato de *factoring* centrándose en el concurso del empresario cedente. El análisis, que tiene en cuenta las reformas introducidas en el TRLC por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, comprende las cuestiones clave que se plantean en la doctrina y la jurisprudencia en relación con la regulación concursal y especial aplicable a este contrato atípico. Así, se estudia: 1) la continuación y resolución del contrato tras la declaración de concurso; 2) la aplicación al *factoring* de los artículos 157 y 158 TRLC que concretan para los contratos bilaterales la aplicación del art. 156 TRLC, que establece el principio general de continuidad de los contratos, 3) el ejercicio de las acciones de reintegración, que constituyen un mecanismo esencial para proteger los intereses de los acreedores y, 4) el ejercicio de la acción de separación por el factor. El artículo intenta contribuir a la mejor comprensión de este contrato.

ABSTRACT: *This article examines the treatment of the factoring contract, focusing specifically on the bankruptcy of the assigning businessman. The analysis, which takes into account the reforms introduced in the TRLC by Law 16/2022, of September 5, includes the key issues that arise in the doctrine and jurisprudence in relation to the bankruptcy and special regulation applicable to this atypical contract. Thus, the following are studied: 1) the continuation and termination of the contract after the declaration of bankruptcy; 2) the application to factoring of articles 157 and 158 TRLC that specify for bilateral contracts the application of art. 156 TRLC, which establishes the general principle of continuity of contracts, 3) the exercise of clawback actions, which constitute an essential mechanism to protect the interests of creditors and, 4) the exercise of the separation action by the factor. The article attempts to contribute to a better understanding of this contract.*

PALABRAS CLAVE: *Factoring*; tratamiento concursal del *factoring*, concurso y continuación del *factoring*, concurso y terminación del *factoring*; *factoring* y reintegración concursal, derecho de separación del factor.

KEYWORDS: *Factoring*; *bankruptcy treatment of factoring*, *bankruptcy and continuation of factoring*; *bankruptcy and termination of factoring*; *factoring and bankruptcy clawback*; *factor's right of separation*.

SUMARIO: I. *FACTORING* Y CONCURSO. 1. DESCONCIERTO REGULATORIO. 2. LA DA TERCERA DE LA LEY 1/1999 Y EL CONTRATO DE *FACTORING* (FACTOR EFC). 3. FACTOR Y CONCURSO. 4. CUESTIONES CONCURSALES. A. El *factoring* como contrato bilateral. B. Incidencia de una doble regulación sobre el *factoring*.—II. CONTINUACIÓN DEL CONTRATO DE *FACTORING* COMO EFECTO DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, Y RESOLUCIÓN COMO POSIBILIDAD.—III. APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 157 Y 158 TRLC AL *FACTORING*.—IV. ACCIONES DE REINTEGRACIÓN. 1. OBJETO DE LA RESCISIÓN. 2. INAPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 230.1.º TRLC AL *FACTORING*. 3. CONCURSO DEL CLIENTE DEL EMPRESARIO CONTRATANTE.—V. DERECHO DE SEPARACIÓN DEL FACTOR. VI. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. *FACTORING* Y CONCURSO

1. DESCONCIERTO REGULATORIO

A la hora de abordar el tratamiento concursal del *factoring* se advierte un desconcierto en la regulación que incide sobre este contrato y, en especial, en la dirigida a establecer la condición financiera del factor. Este desconcierto es consecuencia, como seguidamente se expone, del entrelazamiento de la normativa específica de los establecimientos financieros de crédito (EFC) con la propia de las entidades de crédito, que les ha otorgado, unas veces, y hecho perder, otras, la condición de entidad de crédito. Ello, unido a una deficiente técnica legislativa, ha provocado no pocas dificultades interpretativas. Baste señalar, como ejemplo reciente, el de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito que, al dejar fuera de esta categoría a los EFC, los deja también indirecta y paradójicamente fuera del ámbito de aplicación de la DA Tercera de la Ley 1/1999, siendo ésta una norma diseñada para ellos. Esta inaplicación la subsana luego parcialmente la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial mediante una remisión para los EFC al régimen concursal de las entidades de crédito.

La “actividad de *factoring*” la desarrollan, tanto los bancos, cajas de ahorro y cooperativas de crédito (actuales entidades de crédito), como los establecimientos financieros de crédito (EFC). Los EFC son los sucesores de las primitivas “sociedades de *factoring*” y, por su origen, especialización de la actividad y regulación pueden considerarse los auténticos “factores”. Sobre esta figura ha centrado su estudio la doctrina, en tanto contraparte del empresario en el contrato de *factoring*.

La regulación de estos EFC les permite desarrollar actividades específicas, entre ellas, el *factoring*, que proporciona financiación a corto plazo a las empresas, especialmente PYMES, sin asumir los riesgos asociados a la captación de depósitos. Las entidades de crédito no están especializadas en estas actividades; su actividad principal se dirige a la captación de depósitos y la concesión de créditos. Estas entidades se sujetan a normas que tienen en cuenta el gran impacto que su actividad, en especial la de los bancos, tiene en la economía. En puridad, la “actividad de *factoring*” de las entidades de crédito se engloba dentro de la general de intermediación financiera que desarrollan.

En Derecho español, la regulación relativa al *factoring* ha tenido y tiene carácter económico-administrativo¹, y se ha dirigido a abordar el régimen jurídico de las sociedades de *factoring* y los aspectos fiscales de su actividad.

La primera norma de nuestro ordenamiento que se ocupa de regular aspectos de la actividad de *factoring*, incluyendo, además, una referencia expresa a las sociedades de *factoring*, es la Ley 47/1966, 23 de julio de 1966, sobre declaración de exención por el impuesto sobre las rentas del capital para los intereses percibidos por sociedades que anticipen el importe de créditos cuya gestión de cobro tengan a su cargo. Esta norma, de índole fiscal, señala en el preámbulo: “*Los intereses devengados por el anticipo de créditos en gestión de cobro están gravados, en principio, por el Impuesto sobre las Rentas del Capital, pero cuando estas operaciones constituyen la peculiar actividad de una sociedad u otra entidad jurídica, como sucede en los casos de las llamadas sociedades «factoring», se produce una superposición tributaria al concurrir con el Impuesto General sobre la Renta de Sociedades, que no es neutralizada en grado suficiente por la consideración de tributo a cuenta atribuido al primero, resultando en la práctica un nivel de imposición superior al que soportan las demás empresas, sea cualquiera su objeto social*”. Y, en el artículo 1, además de exencionarlos, considera estos intereses como rendimientos propios de una actividad regular o típica². Luego, el Reglamento del Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas (Decreto 3361/1971, de 23 de diciembre) incluirá, a efectos tributarios, dentro de los servicios, las operaciones de “*factoring*” (art. 22.2, g)³.

El Real Decreto 896/1977, de 28 de marzo, sobre régimen de las Entidades de financiación incluyó a las sociedades de *factoring* (“sociedades cuya actividad

sea el anticipo de fondos a cuenta de crédito cuya gestión de cobro se asuma⁷⁴) dentro de las entidades de financiación⁵, reguladas hasta entonces por el Decreto-Ley 57/1962, de 27 de diciembre, sobre Entidades de Financiación de Ventas a Plazos⁶.

La Orden Ministerial de 14 de febrero de 1978 desarrolló el Real Decreto 896/1977, y, posteriormente, la Orden Ministerial de 19 de junio de 1979 amplió las actividades que podían desarrollar estas sociedades a *“la gestión de cobro de créditos en comisión de cobranza o en su propio nombre como cesionario de tales créditos, así como el anticipo de fondos sobre los créditos de que resulte cesionario, cualquiera que sea el documento en que se instrumenten”* (art. 1 Quinta), además de la ampliación general a *“todos los servicios y operaciones directamente derivados de las anteriores actividades”* (art. 1 Séptima). Esta Orden estableció, además, una reserva legal a favor de estas entidades en cuanto a dicho objeto⁷: *“Ninguna Entidad o Empresa, sea individual o social, podrá realizar con carácter habitual las operaciones mencionadas en el artículo primero sin cumplir los requisitos previstos en el Real Decreto 896/1977, de 28 de marzo, las contenidas en esta Orden y demás disposiciones aplicables”*.

La Orden Ministerial de 13 de mayo de 1981 sobre entidades de financiación especializadas en operaciones de «factoring», que recoge por vez primera la denominación “entidades de factoring” estableció que: *“Las Entidades de Financiación en cuyos Estatutos conste como objeto principal la realización de las operaciones de gestión de cobro de créditos y de anticipo de fondos sobre los mismos, a que se refieren el artículo 1.º, apartado cuarto del Real Decreto 890/1977, de 28 de marzo, y el artículo primero, apartado 5.º de la Orden del Ministerio de Economía, de 19 de junio de 1979, podrán utilizar la denominación de Entidad, Compañía, Sociedad o Empresa de Factoring, o incluir cualquiera de estos términos en su razón social, siempre que tengan, como mínimo, un capital desembolsado de cien millones de pesetas. La gestión de cobro de créditos se podrá realizar en comisión de cobranza o en su propio nombre como cesionario de tal crédito con asunción de los riesgos de insolvencia de los mismos”*. Y aclarará que, a los efectos de lo dispuesto en el apartado 7.º del artículo 1 de la OM de 19 de junio de 1979 *“se entenderán como actividades directamente derivadas de las operaciones mencionadas en el número anterior; las de investigación y clasificación de la clientela, contabilización de deudores, establecimiento de relaciones con otras Empresas de factoring, nacionales o extranjeras y, en general, la realización de operaciones de carácter similar que tiendan a favorecer la seguridad y financiación de los créditos nacidos en el tráfico mercantil nacional e internacional”*. Esta norma crea, en el Registro Especial de Entidades de Financiación, de la Dirección General de Política Financiera, un apartado relativo a las Entidades de *Factoring*.

El RD Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, por el que se adaptan las normas legales en materia de establecimientos de crédito al ordenamiento jurídico de la Comunidad Económica Europea definió “establecimiento de crédito” (*toda Empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público, en forma de depósitos u otras análogas, que lleven aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia en la concesión de créditos*, art. 1.1), e incluyó expresamente como tales a las Entidades oficiales de crédito, los Bancos privados, las Cajas de Ahorro, las Cooperativas de crédito, las Sociedades de crédito hipotecario y las Entidades de financiación. La Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (LDIEC), pasó a denominar a los “establecimientos de crédito” “entidades de crédito”⁸ y en el artículo 28 estableció a favor de estas entidades una reserva de objeto de modo que ninguna persona física o jurídica, nacional o extranjera, podía, *sin haber obtenido la preceptiva autorización y hallarse inscrita en los correspondientes registros, ejercer en territorio español las actividades legalmente reservadas a las entidades de crédito o utilizar las denominaciones genéricas propias de éstas u otras que puedan inducir a confusión con ellas*. Y, en particular, reservó a las entidades de crédito: a) *La actividad definida en el apartado 1.º del artículo 1.º del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, y b) La captación de fondos reembolsables del público, cualquiera que sea su destino, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que no estén sujetas a las normas de ordenación y disciplina del mercado de valores*.

La Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero, modificó el art. 1.2 del RD Legislativo 1298/1986 de modo que únicamente seguirían siendo “entidades de crédito” el Instituto de Crédito Oficial, los Bancos, las Cajas de Ahorro y la Confederación Española de Cajas de Ahorro, y las Cooperativas de Crédito. El resto de las, hasta entonces, entidades de crédito, entre las que se encontraban las entidades de *factoring*, mantendrían dicha condición transitoriamente hasta el 31 de diciembre de 1996 (art. 5 Ley 3/1994) debiendo posteriormente transformarse en la nueva categoría de “establecimientos financieros de crédito” pues, de lo contrario, perderían la condición de entidad financiera (DA 1.ª 6 Ley 3/1994). Esta denominación englobaba a las entidades que, sin ser de crédito, tenían como actividad principal la concesión de préstamos y créditos, actividades de *factoring*, arrendamiento financiero, emisión de tarjetas de crédito y otros medios de pago, concesión de avales y garantías y similares (DA 1.º1 Ley 3/1994, y art. 55 en relación con el art. 52 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (LDIEC)⁹ introducidos por la Ley 3/1994), no pudiendo “*captar fondos reembolsables del público*” (DA 1.ª2

Ley 3/1994), excepto mediante la emisión de valores conforme a la Ley 28/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, sin aplicación en tal caso de los límites del art. 282 LSA), estando facultadas para titularizar sus activos¹⁰.

Se facultó al gobierno para desarrollar reglamentariamente su régimen jurídico (DA 1.^a 7 Ley 3/1994) estableciendo sólo la reserva de denominación y abreviatura “EFC” (DA 1.^a 3 Ley 3/1994), la competencia del Ministerio de Economía y Hacienda para su autorización y la del Banco de España para su inspección y control (DA 1.^a 4 Ley 3/1994), así como la aplicación de la disciplina sobre contabilidad y el régimen sancionador general de las entidades de crédito (DA 1.^a 5 Ley 3/1994 en relación con la Ley 28/1988 y OM de 12 de marzo de 1989).

Luego, en lo que la doctrina ha calificado como “alarde de indecisión conceptual, o mejor sería decir nominal”¹¹, el RD Ley de 28 de diciembre de 1995, volvió a modificar la definición de entidad de crédito para incluir a los establecimientos financieros de crédito (DA 7.^a 4: “*Los establecimientos financieros de crédito regulados por la disposición adicional primera de la Ley 3/1994 tendrán la consideración de entidades de crédito, aunque no les será aplicable la legislación sobre garantía de depósitos*”).

El desarrollo reglamentario previsto para los establecimientos financieros de crédito se produjo dos años más tarde por el RD 692/1996, de 26 de abril imponiendo para la creación, actividad transfronteriza y régimen jurídico unos requisitos menos exigentes que los establecidos por el RD 1245/1995¹² para los bancos, norma a la que sigue de cerca. La menor exigencia resultaba razonable al no tener los establecimientos el riesgo de la retirada masiva de fondos¹³. Los arts. 1.1 y 2.1 del RD 692/1996 reiterarán que los EFC tienen la condición de entidad de crédito. Esta norma vuelve a establecer la reserva de actividad en favor de los EFC, pero lo hace en un momento en que éstos han pasado a tener la condición de entidad de crédito, con lo que, indirectamente, extiende la reserva de actividad al resto de entidades de crédito¹⁴.

La Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las Entidades de Capital-Riesgo y de sus entidades gestoras, recogió en la Disposición Adicional Tercera el “Régimen de determinadas cesiones de crédito”. Esta disposición, de acuerdo con la Exposición de motivos “*sin estar estrictamente relacionada con el capital-riesgo, persigue potenciar y favorecer la actividad financiera conocida como «factoring»*”. Y, con ella “*se refuerza especialmente la protección de determinadas cesiones de crédito frente a la insolvencia del cedente*”. En consonancia con la entonces consideración de los establecimientos financieros de crédito, en el número 1 se recoge como uno de los requisitos para su aplicación, que “*el cesionario sea una entidad de crédito*”.

La doctrina ha sido muy crítica con el recurso del legislador a las disposiciones adicionales para regular materias “estables”, por cuanto que obliga a los

operadores jurídicos a adivinar qué es lo que está regulado y en qué sitio y a sobrevivir al caos al que se conduce a nuestro ordenamiento¹⁵.

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal modificó sustancialmente los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos celebrados por el concursado. Por lo que respecta al *factoring*, la Disposición Adicional Segunda relativa al régimen especial aplicable a las entidades de crédito, empresas de servicio de inversión y entidades aseguradoras, mantuvo las especialidades que la legislación sectorial había establecido, y, en particular las de la DA Tercera de la Ley 1/1999¹⁶.

2. LA DA TERCERA DE LA LEY 1/1999 Y EL CONTRATO DE *FACTORING* (FACTOR EFC)

La Ley 5/2015, que deroga la DA Primera de la Ley 3/1994, de 14 de abril recoge en el Título II el nuevo régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito. Esta regulación, en coherencia con la Ley 10/2014, de 26 de junio, que incorpora la normativa europea en materia de solvencia de las entidades de crédito¹⁷, parte de la base de que los EFC no son entidades de crédito, no obstante, mantiene con carácter general y a todos los efectos el régimen jurídico previamente aplicable adaptándolo a las actuales exigencias de los mercados financieros, con vistas a *fomentar el desarrollo de este canal de financiación, muy relevante en especial para la financiación del consumo minorista*¹⁸.

Pueden ahora constituirse como establecimientos financieros de crédito *aquellas empresas que, sin tener la consideración de entidad de crédito*, y previa autorización ministerial, se dediquen con carácter profesional a ejercer, entre otras actividades, la del *factoring*, con o sin recurso, y las actividades complementarias de esta actividad, tales como las de investigación y clasificación de la clientela, contabilización de deudores, y en general, cualquier otra actividad que tienda a favorecer la administración, evaluación, seguridad y financiación de los créditos que les sean cedidos (art. 6.1.b) Ley 5/2015).

Pues bien, al perder la condición de entidad de crédito, en puridad, las cesiones de crédito realizadas en el ámbito de la actividad de *factoring* de los EFC (los auténticos factores) quedarían fuera del ámbito de aplicación de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 1/999, lo cual no deja de ser un contrasentido, si se tiene en cuenta que se trata de una norma diseñada para ellos¹⁹.

La consecuencia de esta inaplicación por lo que respecta al número 2 de la DA Tercera²⁰ sería que la forma de acreditar la certeza de la fecha de las cesiones de crédito en el seno del contrato de *factoring* (factor EFC) quedaría limitada a los medios recogidos en los arts. 1218 y 1227 CC, no pudiendo probarse *“por cualquier otro medio admitido en derecho”*²¹. Ahora bien, esta posible exclusión

no tiene mayor trascendencia²². En la práctica, el contrato de *factoring* suele formalizarse en escritura pública, con lo que justificar la fecha no ofrecerá problemas. Y, si se formaliza en documento privado, la interpretación que de la aplicación del art. 1227 CC realiza el Tribunal Supremo conduce al mismo resultado que el establecido en la DA Tercera.

En efecto, tal y como recuerda la sentencia 486/2017, de 21 de marzo de 2017, “*La jurisprudencia civil mantiene que este artículo 1227 del Código Civil es una presunción “iuris tantum” de que la fecha del documento privado es la que resulta de los hechos indicados, pero que admite prueba en contrario que, si es suficiente, plena y convincente, puede demostrar que la fecha fue la que figura en el documento u otra distinta.*”. Es decir, el art. 1227 CC únicamente se aplica cuando el hecho a que se refiere solo puede acreditarse por el propio documento, lo que no ocurre cuando además existen otros medios que prueban la realidad de la fecha que consta en él (entre otras, SSTS de 11 de abril de 1988 (RJ 1988, 3120), 20 de octubre de 1989 (RJ 1989, 6945), de 2 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 8564), y 18 de abril de 2000 (RJ 2000, 2158).

En este contexto resulta ilustrativa la RDGN de 20 de diciembre de 2019 que señala: “*El artículo 1227 del Código Civil efectivamente determina la fehcencia de la fecha de los documentos privados, en los supuestos que se contemplan en dicho precepto, diciendo que «la fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros (...); pero la concurrencia de dichos supuestos no atribuye a los documentos privados ninguna presunción de autoría, ni de capacidad, ni de validez de los mismos, requisitos que pueden ser obviados cuando los únicos interesados son los mismos firmantes de su elevación a público o de sus herederos, en cuanto ellos sean los únicos y exclusivos interesados. Sin embargo, existiendo terceros interesados, [...] será preciso que dicho interesado admita su autoría y validez o, en su defecto, se inste el correspondiente proceso judicial con demanda al interesado, como posible perjudicado, en el que quede indubitadamente reconocida la autoría, capacidad y validez del contrato privadamente documentado*”²³.

Por lo que respecta a los preceptos de carácter concursal de la DA Tercera de la Ley 1/1999, la propia Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, en el apartado 2 del artículo 7 (Régimen jurídico), declara aplicable a los EFC el régimen concursal previsto para las entidades de crédito²⁴. Y el artículo 578 TRLC (Régimen especial del concurso de acreedores) establece para, entre otras, las entidades de crédito o entidades legalmente asimiladas a ellas, la aplicación de las especialidades que para el concurso de acreedores se hallen establecidas en su legislación específica. También recoge las normas que se consideran legislación especial a estos efectos (unas regulan intervenciones administrativas y otras establecen efectos específicos de firmeza de determinadas

operaciones financieras que devienen inatacables cuando se produce el concurso de estas entidades²⁵). Entre estas normas, el apartado 2, 3.º del art. 578 TRLC incluye la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las entidades de capital-riesgo y de sus sociedades gestoras²⁶.

3. FACTOR Y CONCURSO

El concurso del factor (EFC) se ha considerado siempre una hipótesis muy improbable²⁷, no sólo por la previsible intervención del Banco de España, sino porque, al no poder captar depósitos del público, ni es necesaria su adhesión a un Fondo de Garantía de Depósitos, ni corre el riesgo de la retirada masiva de fondos. Este riesgo, que sí afecta a las entidades de crédito y, en especial a los bancos, ha sido en gran medida el origen de las crisis bancarias. Prueba de ello es la declaración de concurso del Banco de Madrid SAU por auto del Juzgado de lo mercantil n.º1 de Madrid, de 25 de marzo de 2015 (JUR 2015, 94991)²⁸.

De acuerdo con este auto, una entidad que ha superado todos los controles y supervisiones instituidos por el complejo marco normativo aplicable es susceptible de hallarse en situación de insolvencia inminente. Y, en relación con la cuestión de si esta insolvencia puede identificarse “*con el escenario al que podría quedar enfrentada cualquier entidad en caso de que sus clientes retirasen masivamente sus depósitos*”, considera que no es sin más subsumible en el presupuesto objetivo del concurso, es preciso que “*dicha predicción se funde en circunstancias objetivas de las que, según las reglas básicas del criterio humano, quepa esperar razonablemente ese desenlace fatal para la capacidad de pago*”²⁹.

4. CUESTIONES CONCURSALES

El modo en que el *factoring* se ve afectado por el procedimiento concursal es una de las cuestiones centrales del estudio de este contrato y, tanto la doctrina, como la jurisprudencia lo han abordado, fundamentalmente, desde el punto de vista del empresario contratante dado que, en la práctica, es el supuesto “ordinario”. El concurso del factor (EFC), como se ha señalado, es un supuesto excepcional.

En el ámbito concursal, el interés principal en relación con el *factoring* se dirige a dilucidar dos cuestiones: la continuidad o no del contrato tras la declaración de concurso, y el modo en que inciden sobre él las acciones de reintegración y reducción de la masa. Las acciones de reintegración, a las que la doctrina prestará especial atención tras la aprobación de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 1/1999³⁰, determinan si el contrato o las cesiones de crédito sobre las

que éste se articula pueden ser objeto de impugnación y las de reducción si los créditos incluidos dentro del *factoring* se incorporan o no a la masa activa del concurso.

Para abordar estas cuestiones se deben tener en cuenta dos circunstancias: la primera, que el *factoring* es un contrato bilateral, y la segunda, que, tal y como se ha señalado, sobre este contrato incide una doble regulación: la general del TRLC y la especial de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 1/1999.

*A. El factoring como contrato bilateral*³¹

El *factoring* es un contrato bilateral o sinalagmático, con lo que se generan obligaciones recíprocas para ambas partes, sin que este carácter se desvirtúe por el hecho de que el factor se reserve la facultad de aprobar o aceptar los créditos³². El Tribunal Supremo recuerda que, ni la Ley Concursal (tampoco el TRLC), ni el Código Civil establecen qué ha de entenderse por obligaciones recíprocas, y señala que lo relevante “*no es el sinalagma genético (reciprocidad en el momento de celebrarse el contrato), sino el sinalagma funcional (interdependencia de ambas obligaciones entre sí en cuanto a su cumplimiento, de tal forma que cada deber de prestación constituye para la otra parte la causa por la cual se obliga, resultando tan íntimamente enlazados ambos deberes que tienen que cumplirse simultáneamente)*”, de modo que “*no basta para hablar con propiedad de obligaciones recíprocas con que las dos partes queden obligadas —inicialmente o ex post—, pues, debiendo ser ello así, lo determinante es que la prestación a cargo de una opere como contraprestación de la que ha de cumplir la otra y a la inversa*” (SSTS 811/2012, de 8 de enero de 2013, 797/2012, de 9 de enero de 2013, 187/2014, de 2 de septiembre. Y, con referencia a ellas la STS de 17 de noviembre de 2015 (RJ 2015, 5626).

La causa de este contrato, entendida, desde el punto de vista objetivo, como función o valor económico-social que cumple el contrato en el tráfico jurídico, y desde el punto de vista subjetivo, como el motivo práctico por el que las partes celebran un determinado contrato³³, variará en función de las prestaciones que las partes acuerden incluir en el contrato, en especial, las del factor³⁴. Además, como el *factoring* se articula sobre la base de la cesión de los créditos que el empresario realiza al factor, la causa condiciona, a su vez, el carácter con el que se realiza la cesión³⁵.

Por lo anterior, si el factor se obliga a anticipar el pago los créditos cedidos sin asumir el riesgo de la insolvencia de los clientes del empresario, la causa del contrato será de financiación, aproximándose a la figura del descuento, idea que, como señala la doctrina, la refuerza el elemento remuneratorio³⁶. En este supues-

to, la cesión tendrá carácter *pro solvendo*, lo que supone la plena transmisión del crédito cedido desde el acuerdo y la sujeción de dicha cesión a condición resolutoria, no suspensiva (STS 1086/2006 de 6 de noviembre de 2006). Y cuando el factor asume también el riesgo de insolvencia de dichos clientes (*factoring* sin recurso), la causa será mixta: de financiación y de garantía, equiparándose, por lo que atañe a la causa de garantía, a la figura del seguro de crédito³⁷. La cesión en este caso tendrá carácter *pro soluto*, al igual que si únicamente se acuerda la cobertura de la insolvencia sin obligación de anticipo.

En este contexto, cabe señalar que la nueva regulación del precurso de introducida por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal³⁸ establece que los acreedores titulares de créditos afectados por el plan de reestructuración deben votar agrupados por clases de créditos (art. 622 TRLC)³⁹ y permite que, si existen razones que lo justifiquen, los créditos de un mismo rango concursal puedan separarse en distintas clases, atendiendo, entre otros criterios, a la naturaleza financiera o no financiera del crédito. A tal fin, considera créditos financieros, entre otros, los derivados de contratos como los arrendamientos financieros o las operaciones de financiación de bienes vendidos con reserva de dominio, aval o contra-aval, *factoring* y *confirming* (art. 623 TRLC). Esta calificación refuerza la consideración de la función de financiación como esencial en el contrato⁴⁰.

B. Incidencia de una doble regulación sobre el *factoring*.

La otra circunstancia que se debe tener en cuenta a la hora de abordar el tratamiento concursal del *factoring* es la apuntada de que, sobre este contrato, incide una doble regulación: una de carácter general, el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (TRLC), y otra —ahora por remisión— de carácter específico, la Disposición Adicional Tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las Entidades de Capital-Riesgo y de sus sociedades gestoras⁴¹ (Régimen de determinadas cesiones de crédito).

II. CONTINUACIÓN DEL CONTRATO DE FACTORING COMO EFECTO DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO, Y RESOLUCIÓN COMO POSIBILIDAD

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC) puso fin a la vieja discusión sobre el trato que debía darse a los contratos bilaterales pendientes de ejecución —caso del *factoring*— cuando se declaraba la quiebra o la suspensión de pagos. En efecto, frente a quienes entendían que el contrato continuaba vigente,

un sector doctrinal consideraba que la apertura del procedimiento de quiebra del empresario producía como efecto la extinción del *factoring*. Extinción que, en relación con el actual procedimiento concursal, algún autor defiende atendido el carácter *intuitu personae* del contrato y el contenido de sus prestaciones⁴². El artículo 61.2 LC (Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas) estableció la regla de la continuación de los contratos pendientes de ejecución con la declaración de concurso, si bien, con la posibilidad de exceptuarla si el concursado, en caso de intervención, o la administración concursal, en caso de suspensión, solicitaban la resolución del contrato, en interés del concurso. En tal caso, el juez, oídas las partes del contrato y la administración concursal, decidía si lo resolvía o no (art. 61.2 I).

El criterio general de la subsistencia contractual se mantiene por el art. 156 TRLC que señala: “*La declaración de concurso no es causa de resolución anticipada del contrato. Se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de la otra parte de suspender o de modificar las obligaciones o los efectos del contrato, así como la facultad de resolución o la de extinción del contrato por la declaración de concurso de cualquiera de ellas o por la apertura de la fase de liquidación de la masa activa*”⁴³. Este precepto supone un límite de las facultades contractuales de las partes⁴⁴, que la reforma operada por Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal ha extendido, no sólo al supuesto de apertura de la fase de liquidación, sino también, a las cláusulas que establezcan la facultad de la otra parte de suspender o de modificar las obligaciones o los efectos del contrato.

La Ley Concursal acabó, asimismo, con la práctica común de incluir en los clausulados generales la declaración de procedimientos de insolvencia como causa de extinción contractual (cláusulas “*ipso facto*”) (art. 61.3 LC). Efecto este que no se preveía en la regulación específica contenida en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 1/1999. Parte de la doctrina se ha mostrado, no obstante, partidaria de la admisión de estas cláusulas⁴⁵ que, en general, se consideran perjudiciales, no sólo para el empresario, sino también para los acreedores del concurso⁴⁶.

El principio de vigencia del contrato opera en cualquier estadio del procedimiento concursal⁴⁷ y se aplica al margen de la situación de las partes en relación con el cumplimiento de las obligaciones⁴⁸. La actual ubicación del artículo 156 TRLC tiene especial relevancia. Así, mientras que en la Ley Concursal la norma se recogía en el inciso final de la regulación de los contratos con obligaciones recíprocas, ahora se incluye dentro de la regulación general aplicable a los contratos afectados por el concurso⁴⁹. De ahí que sus consecuencias se hayan de extender a cualquier obligación ya sea unilateral, recíproca o de cualquier otro tipo⁵⁰.

La cláusula que establezca como causa de modificación, resolución o extinción del *factoring* la declaración de concurso del empresario no puede conside-

rarse un supuesto especial de los previstos en el artículo 159 TRLC. Este precepto reconoce para el caso de declaración de concurso, tanto la subsistencia de la facultad de denuncia unilateral del contrato en los casos reconocidos por la Ley, como la aplicación de las leyes que dispongan o expresamente permitan pactar la extinción del contrato en situaciones concursales de alguna de las partes⁵¹. Tal cláusula, de acuerdo con el artículo 156 TRLC, se tendrá por no puesta sin que su inclusión en el contrato de *factoring* afecte a la validez del contrato, que, al ser atípico y no contar con previsión legal al respecto, seguirá vigente con el resto de las estipulaciones (nulidad relativa).

Aunque el artículo 156 TRLC se refiera únicamente a *la declaración de concurso*, parece razonable entender incluidas, dentro de los supuestos de nulidad parcial, también las cláusulas referidas a la “solicitud de concurso” voluntario o necesario⁵². En apoyo de esta tesis cabe mencionar el art. 694 bis TRLC (Efectos de la apertura del procedimiento de continuación y del procedimiento de liquidación con transmisión de la empresa en funcionamiento) que, dentro de la regulación del procedimiento especial para microempresas introducido por la Ley 16/2022⁵³, señala en el número 2: “*La apertura del procedimiento especial, por sí sola, no afectará a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento. En particular, se tendrán por no puestas las cláusulas contractuales que prevean la suspensión, modificación, resolución o terminación anticipada del contrato por el mero motivo de:*

1.º *La presentación de la solicitud de apertura o su admisión a trámite.*

2.º *La solicitud de suspensión general o singular de acciones y procedimientos ejecutivos.*

3.º *Cualquier otra circunstancia análoga o directamente relacionada con las anteriores*”⁵⁴.

También cabe invocar, en el ámbito del precurso⁵⁵, la regulación de los efectos de la comunicación por el deudor de la apertura de negociaciones tras la modificación introducida por la Ley 16/2022. Así, el artículo 597 TRLC —cuyo antecedente es el artículo 5bis LC—, establece que la comunicación, por sí sola, no afecta a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, y que, “*en particular, se tendrán por no puestas las cláusulas contractuales que prevean la suspensión, modificación, resolución o terminación anticipada del contrato por el mero motivo de: 1.º La presentación de la comunicación o su admisión a trámite. 2.º La solicitud de suspensión general o singular de acciones y procedimientos ejecutivos. 3.º Cualquier otra circunstancia análoga o directamente relacionada con las anteriores.*”

Y, también en el ámbito del precurso, cabe señalar la regulación de los efectos de la homologación del plan de reestructuración en el art. 618.1 TRLC, que señala: “*La homologación de un plan de reestructuración, por sí sola, no*

*afectará a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento. En particular, se tendrán por no puestas las cláusulas contractuales que establezcan la facultad de la otra parte de suspender o de modificar las obligaciones o los efectos del contrato, así como la facultad de resolución o la de extinción del contrato por el mero motivo de la presentación de la solicitud de homologación o su admisión a trámite, la homologación judicial del plan o cualquier otra circunstancia análoga o directamente relacionada con las anteriores.*⁷⁵⁶.

Si la nulidad relativa del contrato en el procedimiento especial para microempresas y en el precurso incluyen las cláusulas relativas a la presentación de la solicitud de apertura, a la presentación de la comunicación, y a la presentación de la solicitud de homologación del plan respectivamente, parece razonable entender que, dentro de los supuestos de nulidad relativa del art. 156 TRLC se incluyan las cláusulas que prevén la “solicitud de concurso” como causa de modificación o extinción del *factoring*.

La declaración de concurso no afecta a la facultad del empresario concursado de denuncia *ad nutum*, propia de los contratos pactados por tiempo indefinido. Ello, aunque no haya, tal y como requiere el art. 159 TRLC, una Ley que expresamente reconozca esta facultad para el *factoring*, dado que no son admisibles los vínculos a perpetuidad⁵⁷. Si se pacta por tiempo determinado, que en la práctica es lo habitual, la declaración de concurso no podrá considerarse justa causa para la resolución anticipada, si bien, algún autor entiende que, en determinadas circunstancias, el cambio en las condiciones de solvencia podría llegar a considerarse justa causa para la extinción anticipada del *factoring*⁵⁸. En cualquier caso, y en ambos supuestos, la administración concursal podrá instar la continuación del contrato en interés del concurso. El Tribunal Supremo entiende por interés del concurso “*lo que mejor convenga a la finalidad perseguida con el concurso de acreedores, que es la satisfacción de los créditos y la continuación de la actividad empresarial del deudor concursado*” (STS 10 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5408)).

Con la continuación del contrato, el empresario seguirá obligado a la cesión de créditos, y el factor habrá de gestionar el cobro, el anticipo y la garantía de la insolvencia en los términos pactados. Los créditos que resulten de prestaciones a cargo del concursado, al igual que los créditos por incumplimiento posterior a la declaración de concurso por parte del concursado serán créditos contra la masa (art. 242.12.º TRLC).

Ahora bien, la continuación contractual está supeditada a que la administración concursal o el propio concursado no opten por la resolución en interés del concurso prevista en el art. 165 TRLC⁵⁹. Así, si existe acuerdo en cuanto a la resolución y sus efectos, el juez dictará auto declarando resuelto el contrato conforme a lo acordado, y, si existen discrepancias, cualquiera de los legitimados

(el concursado, en caso de intervención, y la administración concursal, en caso de suspensión) podrá presentar demanda de resolución en interés del concurso. La resolución se sustancia por los trámites del incidente concursal. El juez decide acerca de la resolución solicitada acordando, en su caso, las restituciones que procedan. El crédito que pueda corresponder al factor en concepto de indemnización de daños y perjuicios tendrá la consideración de crédito concursal (art. 165.3 TRLC⁶⁰). Los efectos de la resolución en interés del concurso serán *ex nunc*, por tanto, serán válidas las prestaciones hasta entonces cumplidas y ejecutadas por las dos partes, y se verán afectadas las que hayan sido cumplidas por una de las partes sin haber sido correspondidas por la otra, y las prestaciones futuras⁶¹. No establece el art. 165 TRLC un plazo de ejercicio de la acción resolutoria. A pesar de que algún autor considera que no es admisible su ejercicio en cualquier tiempo porque ello supondría una amenaza permanente de resolución para la parte *in bonis*, lo que es contrario a la buena fe (art. 7.1 CC)⁶², a la vista de la regulación de la resolución por el TRLC, no parece inadecuado admitir su ejercicio en cualquier momento si se aprecia el beneficio para el interés del concurso⁶³.

La declaración de concurso tampoco afecta a la facultad de instar la resolución del *factoring* por incumplimiento. Será competente el juez del concurso y la resolución se sustanciará por los trámites del incidente concursal (arts. 160 a 163 TRLC)⁶⁴. La STS 505/2013, 24 de Julio de 2013 (RJ 2013, 5204), con referencia a las sentencias 145/2012 y 161/2012, ambas de 21 de marzo, señala que “*después de la declaración de concurso, conforme al art. 62.1 LC (actuales arts. 160 y 161 TRLC), la parte in bonis en un contrato de tracto único tan sólo podrá ejercitar la facultad resolutoria por incumplimiento de la concursada si el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso; mientras que, si se trata de un contrato de tracto sucesivo, “la facultad resolutoria podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso”*”.

A pesar de que se haya ejercitado la acción de resolución, atendiendo al interés del concurso, se podrá acordar su cumplimiento. A tal efecto, el artículo 164 TRLC, modificado por la Ley 16/2022, prevé que cuando se haya ejercitado la acción de resolución de un contrato de tracto sucesivo por incumplimiento anterior a la declaración de concurso o de cualquier contrato, sea o no de tracto sucesivo, por incumplimiento posterior a dicha declaración, el concursado, en caso de intervención, o la administración concursal, en caso de suspensión, pueden oponerse a la resolución solicitando en interés del concurso que se mantenga en vigor el contrato incumplido. Si el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso, al formular oposición debe ofrecerse al demandante el pago con cargo a la masa, dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la sentencia, de las cantidades adeudadas por las prestaciones realizadas. El juez, oído el deman-

dante, resolverá sobre el mantenimiento del contrato según proceda. Si estima la oposición a la resolución solicitada y el pago de las cantidades adeudadas no se realiza dentro de plazo, el mantenimiento del contrato quedará sin efecto⁶⁵.

La resolución por incumplimiento conlleva la extinción de las obligaciones pendientes de vencimiento. Si el incumplimiento del empresario concursado fuera anterior a la declaración del concurso, el crédito del factor que haya cumplido sus obligaciones y el correspondiente a la indemnización de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento tendrán la consideración de crédito concursal, cualquiera que sea la fecha de la resolución, y si fuera posterior, el crédito del factor cumplidor y el correspondiente a la indemnización de daños y perjuicios causados por el incumplimiento tendrán la consideración de crédito contra la masa (art. 163 TRLC). El Tribunal Supremo ha señalado que, además del efecto liberatorio, la resolución de los contratos con obligaciones recíprocas trae como consecuencia, cuando alguna de las prestaciones ha sido ejecutada, un efecto *ex tunc*, restitutorio, que obliga a ambas partes a restituir lo recibido, y que, aunque este efecto no venga expresamente previsto en la LC es de aplicación a la resolución por incumplimiento contractual del concursado (SSTS 19 de julio de 2016 (RJ 2016, 3422), y 12 de mayo de 2017 (RJ 2017, 2294)).

En materia de precurso, el art. 598.1 TRLC establece: *La comunicación no afectará a la facultad de suspensión, modificación, resolución o terminación anticipada de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento*. Y el art. 620 TRLC (Resolución de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento en interés de la reestructuración) señala “1. *Durante la negociación de un plan de reestructuración, el deudor podrá solicitar a la otra parte contratante la modificación o resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento cuando esa modificación o resolución resulte necesaria para el buen fin de la reestructuración y prevenir el concurso*”⁶⁶. 2. *Si las partes no llegasen a un acuerdo sobre los términos de la modificación o las consecuencias de la resolución, el plan de reestructuración podrá prever la resolución de esos contratos. El crédito indemnizatorio derivado de la resolución también podrá quedar afectado por el plan*⁶⁷.

III. APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 157 Y 158 TRLC AL *FACTORING*

Los arts. 157 y el 158 TRLC especifican, para los contratos bilaterales, los efectos del art. 156 TRLC, que establece el principio general de continuidad de los contratos tras la declaración de concurso. El art. 157 TRLC se refiere a los contratos pendientes de cumplimiento por uno de los contratantes, y el art. 158 TRLC a los contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes.

En relación con la reciprocidad, el Tribunal Supremo aclara que, a los efectos del artículo 61 LC (actuales arts. 157 y 158 TRLC), “debe existir después de declarado el concurso” (entre otras, SSTs 2 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5102); 29 de junio de 2016 (RJ 2016, 3159); 12 de noviembre de 2014 (RJ 2014, 5905); 23 de julio de 2014, (RJ 2014, 4787), y 19 de febrero de 2013 (RJ 2013, 2568)⁶⁸.

Dado que el *factoring*, además de sinalagmático, es un contrato de duración o tracto sucesivo⁶⁹, lo normal será que haya cumplimientos pendientes por ambas partes⁷⁰, con lo que resultará de aplicación el art. 158 TRLC que señala: “*La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Ambas partes deberán ejecutar las prestaciones comprometidas, siendo con cargo a la masa aquellas a que esté obligado el concursado*”.

Las obligaciones recíprocas pueden estar pendientes de cumplimiento por ambas partes, bien porque ninguna de ellas ha cumplido todavía las obligaciones que asumió al celebrar el contrato o bien, porque algunas prestaciones se han cumplido por ambas partes antes de la declaración de concurso, pero está previsto el cumplimiento de otras en el futuro⁷¹.

Aunque el fundamento de aplicación del artículo 158 TRLC no sea el carácter de tracto sucesivo de un contrato, sino que tenga obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes al declararse el concurso⁷², es precisamente el tracto sucesivo el que provocará que en el *factoring* existan, tanto para el empresario, como para el factor, obligaciones pendientes de cumplimiento en el momento en que se produce la declaración de concurso.

Para el raro supuesto de que el factor haya cumplido todas sus obligaciones y sólo queden pendientes alguna/s a cargo del empresario (p.ej. porque el contrato está a punto de finalizar, lo que puede ocurrir por la duración o por las prestaciones pactadas), será de aplicación el art. 157 TRLC que establece: “*En los contratos con obligaciones recíprocas, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las que fueran a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al concursado se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso*”. Por tanto, el crédito del factor pasará a ser un crédito concursal.

La aplicación del art. 157 TRLC procede, por tanto, cuando a la declaración de concurso una de las partes ha cumplido todas sus obligaciones y están pendiente de cumplimiento alguna/s de las de la otra parte⁷³.

Aunque el artículo 61.1 LC estableció su aplicación para los contratos con obligaciones recíprocas (al igual que ahora hace el art. 157 TRLC), un sector

doctrinal entendió que era aplicable a todos los contratos en general y la jurisprudencia lo aplicó en alguna ocasión a contratos unilaterales⁷⁴. No obstante, el Tribunal Supremo, a propósito de un contrato de préstamo, ha aclarado que el ámbito de aplicación del art. 61 LC (actual art. 157 TRLC) se constriñe a los contratos con obligaciones recíprocas (STS de 18 de junio de 2014 (RJ 2014, 3698)⁷⁵.

En este contexto, cabe recordar que, en relación con el procedimiento especial, el artículo 694 bis.1 TRLC establece: “*En el procedimiento especial de continuación y en el procedimiento de liquidación con transmisión de la empresa en funcionamiento se aplicarán, con las especialidades establecidas en este libro, las reglas de la sección 1.ª del capítulo IV del título III del libro primero en relación con los efectos sobre los contratos pendientes de ejecución.*”. Esta sección incluye los arts. 156 a 159 TRLC.

IV. ACCIONES DE REINTEGRACIÓN

Las acciones de reintegración revisten especial importancia dado que el cumplimiento de la finalidad del concurso depende en gran medida de ellas. Estas acciones, dirigidas a traer a la masa activa del concurso elementos que salieron indebidamente del patrimonio del deudor, en el caso del *factoring* se deben focalizar, principalmente, en los actos de ejecución del contrato⁷⁶.

La DA Tercera de la Ley 1/1999 estableció el régimen concursal especial para el *factoring* para excluir, seguramente por su excesivo rigor, la aplicación del anterior régimen de retroacción de la quiebra⁷⁷ (procedimiento vigente en el momento de su publicación) a determinadas cesiones de crédito⁷⁸. Tras la modificación operada por la derogada Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público⁷⁹, el *factoring* se sujeta al régimen ordinario de la revocación concursal contra el cesionario en caso de concurso del cedente⁸⁰. Así, el número 3 de la DA Tercera de la Ley 1/1999 establece para las cesiones que regula que, en caso de concurso del cedente, serán rescindibles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 de la LC. Esta norma, como hemos señalado es aplicable a las cesiones que realizan los EFC por remisión del art. 7.2 Ley 5/2015 al régimen concursal de las entidades de crédito.

El artículo 71 LC tiene su correspondencia con los actuales artículos 226, 227, 228, 229, 230 y 238 TRLC. Los artículos 226 y 230 se han visto modificados por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, una de cuyas finalidades es aumentar la eficiencia en el sistema de reintegración de la masa activa, para lo cual amplía los actos que se declaran rescindibles.

El artículo 71.1 LC que señalaba: “Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta” fue posteriormente reproducido por el artículo 226 TRLC (Acciones rescisorias de los actos del deudor). Tras la Ley 16/2022, el art. 226 TRLC dispone:

“1. Son rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la solicitud de declaración de concurso, así como los realizados desde esa fecha a la de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.

2. Son igualmente rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la comunicación de la existencia de negociaciones con los acreedores o la intención de iniciarlas, para alcanzar un plan de reestructuración, así como los realizados desde esa fecha a la de la declaración de concurso, aunque no hubiere existido intención fraudulenta, siempre que concurren las dos siguientes condiciones:

1.º Que no se hubiera aprobado un plan de reestructuración o que, aun aprobado, no hubiera sido homologado por el juez.

2.º Que el concurso se declare dentro del año siguiente a la finalización de los efectos de esa comunicación o de la prórroga que hubiera sido concedida.”

Como se observa, la Ley 16/2022, de una parte, extiende el período de rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa, al tomar como referencia la fecha de “solicitud” de concurso, no de “declaración”, incluyendo así los comprendidos entre la fecha solicitud y la de declaración de concurso y, de otra, añade el número 2 al artículo 226 TRLC que, en coherencia con la nueva regulación del precurso y los efectos de la comunicación por el deudor de la apertura de negociaciones, toma como *dies a quo* del período de rescisión la fecha de dicha comunicación e incluye los actos perjudiciales realizados entre esa fecha y la de declaración de concurso. En tal caso, sujeta la rescisión a la concurrencia de dos condiciones: fracaso del precurso (falta de aprobación o de homologación del plan) y, declaración de concurso en el año siguiente a acabar los efectos de la comunicación⁸¹. Con ello se evita que el precurso, cuya finalidad es asegurar la continuidad de empresas viables, se utilice o permita eludir responsabilidades al deudor, lo que podría ocurrir como consecuencia de la posposición del *dies a quo* de la rescisión⁸².

Como la fecha de referencia para la rescisión es la solicitud de concurso, ya no resulta indiferente, como hasta ahora, el lapso transcurrido entre la solicitud y la declaración de concurso, o si el deudor se ha opuesto injustificadamente. Si continúa sin ser relevante quien ha solicitado la declaración de concurso, si el acto se realizó o no con ánimo fraudulento, o si resulta acreditada la situación

de insolvencia sin haber solicitado la declaración en el plazo establecido en el artículo 5.1 (dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que el deudor haya conocido o debido conocer el estado de insolvencia actual⁸³) o, en su caso, en el 611 TRLC (transcurridos tres meses desde la comunicación de negociaciones o desde la prórroga si el deudor no ha alcanzado un plan de reestructuración), salvo que no se encontrara en estado de insolvencia actual.

La acción rescisoria del artículo 226 TRLC opera al margen de la intencionalidad del deudor, de modo que únicamente requiere un perjuicio económico para la masa activa entendido éste como “sacrificio injustificado” (entre otras, y a partir de la STS de 27 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7608), SSTS 21 de mayo de 2018 (RJ 2018, 2022); 21 de junio de 2018 (RJ 2018, 2925); 4 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5201) y 26 de octubre de 2016 (RJ 2016, 5359)).

El perjuicio económico es, por tanto, el elemento sobre el que se basa la reintegración concursal⁸⁴ y la prueba de su existencia se refuerza con el sistema de presunciones que recogen los artículos 227 y 228 TRLC⁸⁵.

Ahora bien, en el caso del *factoring* es difícil entender que su ejecución pueda producir un perjuicio injustificado porque la contraprestación del empresario (comisión e intereses) se realiza a cambio de prestaciones del factor beneficiosas para aquél⁸⁶. La existencia de un perjuicio injustificado requerirá, consecuentemente, que el importe de la comisión y/o los intereses sea tan elevado que rompa el equilibrio de las prestaciones. (La SAP de Madrid de 23 de enero de 2004 (AC 2004\1157) siendo aplicable el art. 878.2 CCom, a la vista de las condiciones pactadas en un contrato de *factoring*, aprecia la existencia de un perjuicio para la masa activa).

El plazo de ejercicio es civil, por lo que se computa de fecha a fecha (art. 5 CC). No se trata de un plazo de caducidad o prescripción, sino de un requisito para que la acción exista. Con anterioridad a la reforma de la Ley 16/2022, el período de los dos años desde la declaración de concurso del artículo 226 TRLC se había justificado en la seguridad jurídica, si bien, la doctrina ya apuntaba que este plazo “prudente” podía haber sido otro⁸⁷. La Ley 16/2022 ha dado muestra de ello al ampliar el período de ejercicio y los supuestos de rescisión y, con ello, las probabilidades de cobro de los acreedores.

En este contexto, debe recordarse que el Tribunal Supremo ha señalado que la eficacia traslativa de la cesión de créditos opera, no sólo cuando ha sido realizada *pro soluto*, sino también cuando lo ha sido *pro solvendo*, y que, por ello, incluso en el caso de cesión de créditos en el *factoring* con recurso el cesionario adquiere plenamente el crédito cedido, dado que la distribución del riesgo de insolvencia no tiene por qué afectar al efecto traslativo (STS 62/2014 de 25 de febrero de 2014 (RJ 2014, 1404) con cita de la STS 650/2013, de 6 de noviembre, que, a su vez, se refiere a las anteriores SSTS 80/2003, de 11 de febrero;

957/2004, de 6 de octubre y 1086/2006, de 6 de noviembre). En el caso enjuiciado en el que la cesión de créditos se había hecho en el marco del *factoring* sin recurso, el Tribunal Supremo añade que resulta más clara todavía la transmisión plena de la titularidad del crédito al concurrir la circunstancia acreditada de que la cesión fue comunicada al deudor, diez meses antes de la declaración de concurso. Y establece que “*el efecto de la cesión de créditos antes del concurso de la cedente es que estos créditos cedidos no deben formar parte de la masa activa del concurso y, si se hubieran incluido, el cesionario estaría legitimado para reclamar su separación (art. 80 LC) (actual art. 239 TRLC⁸⁸)*”. Por ello, concluye, en relación con el ejercicio de la acción directa del artículo 1597 CC⁸⁹ en un supuesto en que había sido cedido el crédito de la contratista frente al dueño de la obra a un banco en virtud de un contrato de *factoring* sin recurso que, cuando se pretendió ejercitar la acción ésta no podía prosperar estando en concurso el contratista dado que éste ya no tenía el crédito frente al dueño de la obra, por lo que faltaba uno de los requisitos esenciales de la acción⁹⁰. Y, por su parte, la STS 1084/2021, de 25 de marzo de 2021 señala: “*Las cesiones de los créditos hechas por las acreedoras originarias y notificadas a la concursada el 15 de abril de 2015 sí son res inter alios acta para ésta, y en consecuencia no es posible su rescisión por la vía del art. 71 LC*”. El deudor cedido, en efecto, no es parte en el negocio de cesión dado que ésta no supone novación.⁹¹

1. OBJETO DE LA RESCISIÓN

La acción rescisoria puede dirigirse contra las cesiones de crédito realizadas en ejecución del contrato de *factoring* o contra el propio contrato de *factoring*⁹². Cuando el *factoring* se articula como contrato preliminar de las cesiones posteriores, las cesiones se producen después de celebrado el contrato y habrá tantas como créditos cedidos, con lo que la acción de rescisión podrá ejercitarse contra las realizadas dentro de los plazos señalados por el art. 226 TRLC. En el caso del *factoring* configurado como cesión global de créditos futuros, dado que la cesión se produce con la conclusión del contrato y, la adquisición de los créditos por el factor opera instantáneamente, algún autor ha entendido que esta adquisición no supone un acto realizado por el deudor, de modo que, en tal caso, la impugnación que procede es la efectuada contra el contrato mismo⁹³. No obstante, no parece que haya inconveniente en reconocer igual posibilidad de rescisión para las cesiones en las que el efecto traslativo ya se produjo con la realización del hecho (nacimiento del crédito) o la condición (v. gr. la aprobación por el factor) ocurridos en el período de retroacción. El crédito futuro supone que, en el momento del contrato (cesión) éste no es exigible, de lo contrario, el cedente no

habría tenido necesidad de cederlo, pero están presentes todos los elementos del contrato, entre ellos, la voluntad del cedente, que lo hacen válido (señala el art. 1271.I CC que “*Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras*”⁹⁴). Por tanto, en ambas formas de articulación del *factoring*, la decisión de plantear la rescisión del contrato o de las cesiones producidas en el periodo establecido en el art. 226 TRLC dependerá del criterio de la administración concursal guiado por el interés del concurso (art. 80 TRLC)⁹⁵.

La sentencia que estime la rescisión del *factoring*, por ser un contrato con obligaciones recíprocas, declarará su ineficacia y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel que ya se hubieran realizado, con sus frutos e intereses (art. 235.1 y 2 TRLC)⁹⁶. Produce, por tanto, efectos *ex tunc*⁹⁷. El derecho a la prestación que, en su caso, resulte como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido (art. 236.1 TRLC)⁹⁸.

La aplicación del régimen de la rescisión requiere, en todo caso, el cumplimiento de los requisitos previstos por el número 1 de la DA Tercera de la Ley 1/1999.

2. INAPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 230.1.º TRLC AL *FACTORING*

Para un sector doctrinal⁹⁹ el *factoring* es uno de los supuestos que se incluyen dentro del número 1 del artículo 230 TRLC que establece: «*en ningún caso podrán ser objeto de rescisión: 1.º) Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor que hubieran sido realizados en condiciones normales*».

El Tribunal Supremo, sin embargo, ha interpretado este precepto señalando que, para incluir determinados actos dentro de los ordinarios del artículo 230.1.º TRLC, «*no basta que no se traten de actos o negocios extravagantes o insólitos. Es preciso que sean actos que, en su consideración de conjunto, tengan las características normales de su clase, se enmarquen en el tráfico ordinario de la actividad económica del deudor y no tengan carácter excepcional, pues respondan a la forma usual de realizar tales actos tanto por el deudor como en el sector de tráfico económico en el que opere*». Y, aclara que presentan tal carácter los actos relacionados con el objeto social, cuando se trata de una sociedad, o los propios del giro de la actividad profesional o empresarial de que se trate, especialmente si han sido celebrados con consumidores, así como los que han sido generados por el mantenimiento del centro de actividad profesional o empresarial, siempre

que sean regulares en sentido formal y sustantivo, de modo que puedan ser considerados realizados en condiciones normales. También indica que la finalidad de esta excepción es proteger a los que contrataron con el deudor declarado posteriormente en concurso confiando en la plena eficacia de los negocios jurídicos en tanto manifestaciones de la actividad económica normal del deudor realizados en las condiciones habituales del mercado (SSTS de 10 de julio de 2013 (RJ 2013, 4998), 17 de febrero de 2015 (RJ 2015, 926) y 26 de octubre de 2016 (RJ 2016,5359).

El *factoring*, por tanto, en relación con el concurso del empresario, no se incluye dentro de los supuestos del artículo 230.1.º TRLC¹⁰⁰, dado que no constituye un acto ordinario de *su actividad profesional o empresarial*, sino instrumental¹⁰¹. En cambio, sí constituye un acto ordinario de la actividad del factor¹⁰², dado que forma parte del objeto social de los Establecimientos Financieros de Crédito.

3. CONCURSO DEL CLIENTE DEL EMPRESARIO CONTRATANTE

El número 4 de la DA Tercera de la Ley 1/1999 prevé un régimen específico para la rescisión en caso de concurso del cliente del empresario, que constituye la única especialidad en relación con el régimen concursal ordinario. Así, señala: “*Los pagos realizados por el deudor cedido al cesionario no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, en el caso de declaración de concurso del deudor de los créditos cedidos.*”

Sin embargo, podrá ejercitarse la acción rescisoria cuando se hayan efectuado pagos cuyo vencimiento fuera posterior al concurso o cuando quien la ejercite pruebe que el cedente o cesionario conocían el estado de insolvencia del deudor cedido en la fecha de pago por el cesionario al cedente. Dicha revocación no afectará al cesionario sino cuando se haya pactado así expresamente”.

Esta regulación implica que los pagos realizados por el deudor cedido concursado al factor no quedan sujetos al régimen de rescisión del art. 226 TRLC, salvo que se hayan realizado teniendo un vencimiento posterior a la declaración de concurso o cuando quien ejercite la acción rescisoria pruebe que el empresario o el factor conocían el estado de insolvencia del deudor cedido en la fecha de pago por el factor al empresario. Y esta revocación sólo afectará al factor si se ha pactado así expresamente.

La exclusión de estas operaciones de la reintegración concursal se justifica porque la cesión no produce un perjuicio a los acreedores concursales, o este es tan pequeño que no compensa el ejercicio de las acciones impugnatorias. En

estas cesiones el cesionario ha satisfecho el importe del crédito, con lo que se ha considerado una operación equiparable al pago en efectivo¹⁰³.

Al igual que ocurre en el concurso del empresario cedente, si se trata de un contrato marco o preliminar de *factoring*, habrá que estar a la fecha de cada cesión individual, dado que el contrato no produce efectos traslativos. Y, si se trata de un *factoring* configurado como una cesión global de créditos futuros, será el contrato mismo el que haya de constar en documento con fecha cierta, sin que sea preciso que se cumpla este requisito para cada crédito individualmente considerado¹⁰⁴.

V. DERECHO DE SEPARACIÓN DEL FACTOR

Otro aspecto relevante del *factoring* en el contexto concursal es el tratamiento que deben recibir los créditos ya cedidos por el empresario contratante y pendientes de ser satisfechos por el cliente deudor. Se trata de determinar si la cesión puede resultar oponible frente a los acreedores del deudor cedente y, por tanto, si permite al factor cesionario retirar los créditos cedidos de la masa activa del concurso, evitando así que los acreedores puedan ser satisfechos con ellos.

La reducción de la masa comprende dos derechos que derivan de los diferentes títulos que facultan para reclamarla. El primero es el derecho de separación, cuyo objeto es retirar lo que no es del deudor, y se establece en el artículo 239.1 TRLC (*los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales este no tenga derecho de uso, garantía o retención deben ser entregados por la administración concursal a sus legítimos titulares, a solicitud de estos*). El segundo es el derecho de ejecución separada, que lo ostentan los acreedores que gozan de determinados derechos de preferencia que les permiten evitar la ejecución dentro del concurso. Este derecho sufrió una fuerte reducción con la LC, pero los tradicionales titulares de ese tipo de derechos (acreedores con garantía real), se sujetan a un régimen especial.

El tratamiento concursal de los créditos cedidos en caso de concurso del cedente dependerá de la causa de la cesión, lo que permitirá que el factor pueda colocarse en posiciones diferentes en el concurso del empresario cedente¹⁰⁵.

Así, en el caso de que la cesión de crédito sea consecuencia de una comisión de cobro, donde la cesión únicamente produce efectos de legitimación, los créditos cedidos formarán parte de la masa activa del concurso, dado que no se produce el efecto traslativo. Sobre estos créditos cedidos, que no son los propios del contrato de *factoring*, el factor no podrá ejercitar la acción de separación del art. 239.1 TRLC¹⁰⁶.

Por lo que respecta a los créditos cedidos en el *factoring* sin recurso, donde la cesión produce efecto traslativo pleno, el factor podrá ejercitar sobre ellos el derecho de separación del art. 239.1 TRLC, puesto que, al haber sido transmitidos con anterioridad a la declaración de concurso, ya no pertenecen al deudor¹⁰⁷.

En relación con los créditos cedidos en el *factoring* con recurso, donde el factor no asume el riesgo de insolvencia de los clientes deudores, un sector doctrinal ha entendido que se trata de cesiones en garantía, esto es, de negocios jurídicos en los que la transmisión plena encubre, de hecho, la voluntad del cesionario, que es obtener la garantía que le proporciona el crédito cedido frente a la voluntad del cedente. Por ese motivo ha defendido que no se debe atender a la situación formal, sino al contenido material de la relación, resultando aplicable, por analogía, el régimen de la prenda de créditos del art. 90 LC, que lo consideraba crédito con privilegio especial siempre que constara en documento con fecha fehaciente¹⁰⁸ (el actual art. 271.2 TRLC señala: *Si se tratare de prenda de créditos de la masa activa*¹⁰⁹, *será suficiente con que la constitución de la garantía conste en documento con fecha fehaciente anterior a la declaración de concurso*). No obstante, atendido el efecto traslativo pleno que reconoce el Tribunal Supremo a la cesión con y sin recurso, que hace que el derecho obtenido sea de titularidad plena, no parece que haya inconveniente en reconocer al factor la posibilidad de hacer valer el derecho de separación del artículo 239.1 TRLC en relación con los créditos objeto del contrato cedidos antes de la declaración del concurso¹¹⁰. En coherencia con esta tesis, el propio Tribunal Supremo, en procedimientos no concursales, ha entendido que, para la reclamación del crédito cedido procede la tercería de dominio —no la de mejor derecho, que sería la procedente de admitirse los efectos de la cesión en garantía (SSTS 11 de febrero de 2003 (RJ 2003, 938) y 6 de octubre de 2004 (RJ 2004, 5986)).

Para determinar la fecha de la eficacia de la cesión y sus efectos en relación con el derecho de separación del factor, hay que tener en cuenta también aquí la modalidad de cesión de créditos con que se articula con el contrato de *factoring*.

Si las cesiones de crédito se han articulado como cesión global de créditos futuros, tanto en el *factoring* sin regreso, como en el *factoring* con regreso, será la fecha del contrato la que determine la eficacia y oponibilidad a terceros de la cesión. Y, aunque los créditos cedidos anticipadamente no hayan nacido en el momento de la declaración de concurso del empresario cedente, el factor podrá hacer valer estos créditos futuros si el contrato de *factoring* es anterior a dicha declaración y está justificada la certeza de su fecha porque, desde ese momento, son oponibles frente a los terceros. Los créditos nacerán en el patrimonio del factor, al margen de que lo hagan antes o después de la declaración de concurso¹¹¹ (SSTS de 6 de noviembre de 2013 (RJ 2013, 7863), y 25 de febrero de 2014 (RJ 2014, 1404), que señalan: «*el efecto de la cesión de créditos antes del concurso*

de la cedente es que estos créditos cedidos no deben formar parte de la masa activa del concurso y, si se hubieran incluido, el cesionario estaría legitimado para reclamar su separación».

En cambio, si la modalidad elegida es el contrato de *factoring* preliminar, la fecha para tener en cuenta para cada crédito cedido individualmente será la de la aceptación del factor, dado que en ese momento se produce la eficacia traslativa¹¹². Así, el factor podrá separar los créditos del empresario que haya aceptado antes de la declaración de concurso, pero no los demás especificados en el contrato que no cumplan este requisito, dado que pertenecerán al patrimonio del empresario. Ahora bien, tal y como se ha señalado, aplicación de la regla de continuidad contractual del art. 156 TRLC hace que el empresario deba continuar cediendo créditos y el factor aceptándolos, salvo resolución por incumplimiento (arts. 160 a 163 TRLC) o en interés del concurso (art. 165 TRLC)¹¹³.

VI. CONCLUSIONES

I. Los establecimientos financieros de crédito (EFC) son los sucesores de las primitivas “sociedades de *factoring*” y, por su origen, especialización de la actividad, y regulación propia pueden considerarse los auténticos “factores”. La Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, al hacer perder la condición de entidad de crédito a los EFC, los dejó indirectamente fuera del ámbito de aplicación de la DA Tercera de la Ley 1/1999, lo cual resulta paradójico porque se trata de una norma diseñada para ellos. La consecuencia de esta inaplicación sería que la forma de acreditar la certeza de la fecha de las cesiones de créditos a los EFC en el seno del contrato de *factoring* quedaría limitada a los medios recogidos en los arts. 1218 y 1227 CC, no pudiendo probarse “*por cualquier otro medio admitido en derecho*” tal y como permite el n.º 2 de la DA Tercera. No obstante, la posible exclusión no tendría mayor trascendencia dado que, en la práctica, el contrato de *factoring* acostumbra a formalizarse en escritura pública, con lo que justificar la fecha no ofrecería mayor problema. Y, en caso de formalización en documento privado, la interpretación que de la aplicación del art. 1227 CC realiza el Tribunal Supremo conduce al mismo resultado: el art. 1227 CC se aplica cuando el hecho a que se refiere solo puede acreditarse por el propio documento, lo que no ocurre cuando además existen otros medios que prueban la realidad de la fecha que consta en él. Por lo que respecta a los preceptos de carácter concursal de la DA Tercera, la Ley 5/2015, de fomento de la financiación empresarial, en el apartado 2 del artículo 7, declara aplicable a los EFC el régimen concursal previsto para las entidades de crédito. Y el artículo 578 TRLC incluye, dentro de este régimen, la disposición

adicional tercera de la Ley 1/1999. Se trata, por tanto, de una incoherencia normativa sin transcendencia material.

II. El concurso del factor (EFC) es una hipótesis muy improbable, no sólo por la previsible intervención del Banco de España, sino porque, al no poder captar depósitos del público, ni es necesaria su adhesión a un Fondo de Garantía de Depósitos, ni corre el riesgo de la retirada masiva de fondos. Este riesgo, que sí afecta a las entidades de crédito, ha sido en gran medida el origen de las crisis bancarias. Prueba de ello es la declaración de concurso del Banco de Madrid SAU por auto del Juzgado de lo mercantil n.º1 de Madrid, de 25 de marzo de 2015.

III. El TRLC mantiene en el art. 156 el criterio general de la subsistencia contractual en caso de declaración de concurso y establece que se tendrán por no puestas las cláusulas que permitan a la otra parte suspender o modificar las obligaciones o los efectos del contrato, o resolver o extinguir el contrato por la declaración de concurso de cualquiera de ellas o por la apertura de la fase de liquidación de la masa activa. Aunque el precepto no lo mencione, parece razonable entender que, dentro de los supuestos de nulidad relativa se incluyen las cláusulas que prevén la “solicitud de concurso” como causa de modificación o extinción del *factoring*. En apoyo de esta idea cabe invocar los arts. 694 bis, 597 y 618 TRLC que, en el procedimiento especial para microempresas y el precurso, incluyen referencias a la presentación de la solicitud de apertura, de la comunicación, y de homologación del plan respectivamente dentro de las cláusulas afectadas por la nulidad relativa.

IV. Con la continuación del contrato de *factoring*, el empresario seguirá obligado a la cesión de créditos, y el factor deberá gestionar el cobro, el anticipo y la garantía de la insolvencia en los términos pactados. Los créditos que resulten de prestaciones a cargo del empresario concursado, al igual que los créditos por incumplimiento posterior a la declaración de concurso por parte de éste serán créditos contra la masa (art. 242.12.º TRLC).

V. Los efectos de la resolución en interés del concurso son *ex nunc*, de modo que serán válidas las prestaciones cumplidas y ejecutadas por factor y empresario y sólo se verán afectadas las cumplidas por uno de ellos, que no se hayan visto correspondidas por la otra, y las futuras. No recoge el art. 165 TRLC, que regula esta resolución, un plazo de ejercicio si bien, a la vista de la regulación de la resolución por el TRLC, no parece haber inconveniente en admitir su ejercicio en cualquier momento procesal en el que se aprecie el beneficio para el interés del concurso. Por lo que respecta a la resolución por incumplimiento, hará que queden extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento. Si el incumplimiento del empresario es anterior a la declaración de concurso, el crédito del factor que haya cumplido y el correspondiente a la indemnización de los daños y

perjuicios por el incumplimiento serán créditos concursales, cualquiera que sea la fecha de la resolución, y si fuera posterior, ambos serán créditos contra la masa (art. 163 TRLC).

VI. Los arts. 157 y el 158 TRLC especifican, para los contratos bilaterales, los efectos del art. 156 TRLC. El *factoring* es un contrato de tracto sucesivo con lo que, lo normal será que, a la declaración de concurso, haya cumplimientos pendientes por ambas partes resultando de aplicación el art. 158 TRLC que obliga a ambas partes a ejecutar las prestaciones comprometidas, siendo con cargo a la masa aquellas a que esté obligado el concursado. Aunque el fundamento de este artículo no es el carácter de tracto sucesivo del contrato, sino el que tenga obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, en realidad, es su carácter de tracto sucesivo el que provoca que en el *factoring* existan, tanto para el empresario, como para el factor, obligaciones pendientes de cumplimiento al declararse el concurso. En el raro supuesto de que el factor haya cumplido todas sus obligaciones y sólo quede/n pendientes alguna/s a cargo del empresario, se aplicará el art. 157 TRLC con lo que el crédito del factor será un crédito concursal.

VII. El art. 226 TRLC, tras la modificación operada por la Ley 16/2022, extiende el período de rescisión de los actos perjudiciales para la masa a la fecha de “solicitud” de la declaración de concurso, no de “declaración”. La ejecución del contrato de *factoring* es difícil que produzca perjuicio porque la contraprestación del empresario (comisión e intereses) se realiza a cambio de prestaciones del factor beneficiosas para aquél. La acción rescisoria se podrá dirigir contra las cesiones de crédito realizadas en ejecución del contrato de *factoring* o contra el propio contrato de *factoring*. Si el *factoring* se articula como contrato preliminar de las cesiones posteriores, las cesiones se producen después de celebrado el contrato y habrá tantas como créditos cedidos, con lo que la rescisión podrá ejercitarse contra las cesiones realizadas dentro de los plazos señalados por el art. 226 TRLC. En el caso del *factoring* configurado como cesión global de créditos futuros, la cesión se produce con la conclusión del contrato y, la adquisición de los créditos por el factor opera instantáneamente. No parece que haya inconveniente en reconocer igual posibilidad de rescisión para las cesiones en las que el efecto traslativo ya se produjo con la realización del hecho (nacimiento del crédito) o la condición (v. gr. la aprobación por el factor) ocurridos en el período de retroacción. Por tanto, en ambas formas de *factoring*, la decisión de plantear la rescisión del contrato o de las cesiones producidas en el período establecido en el art. 226 TRLC dependerá del criterio de la administración guiado por el interés del concurso (art. 80.1 TRLC).

VIII. La eficacia traslativa de la cesión de créditos opera cuando ha sido realizada *pro soluto* y, también, cuando lo ha sido *pro solvendo*, por ello, incluso en

el caso de cesión de créditos en el *factoring* con recurso, el cesionario adquiere plenamente el crédito cedido, dado que la distribución del riesgo de insolvencia no tiene por qué afectar al efecto traslativo. La sentencia que estime la rescisión del *factoring* declarará su ineficacia y condenará a la restitución de las prestaciones ya realizadas, con sus frutos e intereses (art. 235.1 y 2 TRLC). La rescisión produce, por tanto, efectos *ex tunc* y el derecho a la prestación que resulte como consecuencia tendrá la consideración de crédito contra la masa, y se satisfará simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido (art. 236.1 TRLC).

IX. El *factoring*, en relación con el empresario, no se incluye dentro de los supuestos de irrevocabilidad del artículo 230.1.º TRLC, dado que no constituye un acto ordinario de *su actividad profesional o empresarial*, sino instrumental. En cambio, sí constituye un acto ordinario propio de la actividad del factor, dado que forma parte del objeto social de los Establecimientos Financieros de Crédito.

X. El número 4 de la DA Tercera de la Ley 1/1999 prevé un régimen específico para la rescisión en caso de concurso del cliente del empresario, que constituye la única especialidad en relación con el régimen concursal ordinario. Esta regulación implica que los pagos realizados por el deudor cedido concursado al factor no quedan sujetos al régimen de rescisión del art. 226 TRLC, salvo que se hayan realizado teniendo un vencimiento posterior a la declaración de concurso o cuando quien ejercita la acción rescisoria pruebe que el empresario o el factor conocían el estado de insolvencia del deudor cedido en la fecha de pago por el factor al empresario. Esta revocación sólo afectará al factor si se ha pactado así expresamente, dado que la cesión no produce un perjuicio a los acreedores concursales, o este es tan pequeño que no compensa el ejercicio de las acciones impugnatorias. En estas cesiones el cesionario ha satisfecho el importe del crédito, lo que es equiparable al pago en efectivo.

XI. En relación con el derecho de separación del factor, el tratamiento concursal de los créditos cedidos en el concurso del empresario cedente dependerá de la causa de la cesión. Así, en el caso de que ésta sea consecuencia de una comisión de cobro, únicamente produce efectos de legitimación, por tano, los créditos cedidos formarán parte de la masa activa del concurso, dado que no se producirá el efecto traslativo. Por lo que respecta a los créditos cedidos en el *factoring* sin recurso, la cesión produce efecto traslativo pleno y el factor podrá ejercitar sobre ellos el derecho de separación del art. 239.1 TRLC, puesto que, al haber sido transmitidos con anterioridad a la declaración de concurso, ya no pertenecen al deudor. Y, en relación con los créditos cedidos en el *factoring* con recurso, donde el factor no asume el riesgo de insolvencia de los clientes, atendido el efecto traslativo pleno que también se produce, no parece que haya inconveniente en reconocer al factor la posibilidad de hacer valer el derecho de

separación del artículo 239.1 TRLC en relación con los créditos cedidos antes de la declaración del concurso.

XII. Si las cesiones de crédito se han articulado como cesión global de créditos futuros, tanto en el *factoring* sin regreso, como en el *factoring* con regreso, será la fecha cierta del contrato la que determine la eficacia y oponibilidad a terceros de la cesión. Aunque los créditos cedidos anticipadamente no hayan nacido en el momento de la declaración de concurso del empresario cedente, el factor podrá hacer valer estos créditos futuros si el contrato de *factoring* es anterior a dicha declaración y está justificada la certeza de su fecha porque, desde entonces, serán oponibles frente a los terceros interesados en el patrimonio del cedente. Los créditos nacerán en el patrimonio del factor, al margen de que lo hagan antes o después de la declaración de concurso y *no deben formar parte de la masa activa del concurso. Si se hubieran incluido, el cesionario estaría legitimado para reclamar su separación.* Si se trata de *factoring* preliminar, la fecha para tener en cuenta en cada crédito cedido individualmente será la de la aceptación del factor, momento en que se produce la eficacia traslativa. No obstante, la operatividad del art. 156 TRLC hace entender que el empresario debe continuar cediendo créditos y el factor aceptándolos, salvo que se produzca la resolución por incumplimiento (arts. 160 a 163 TRLC) o en interés del concurso (art. 165 TRLC).

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA RAMOS, A. (1999) Derecho español: la posición del deudor cedido y de los terceros. En *El contrato de factoring* (coord. García Villaverde, R.), Edit. McGraw Hill, pp. 328-331.
- ALCOVER GARAU, G. (2000): *Factoring y quiebra (Notas críticas a la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las entidades capital-riesgo y de sus sociedades gestoras)*. Edit. Civitas.
- ALONSO LEDESMA, C., Comentario al art. 271. En *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal.: Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo* (dirs. Peinado Gracia, J.I, Sanjuán y Muñoz, E.), Vol II. Edit. Sepin, pp. 543-548.
- (1999): Elementos personales: el factor. En *El contrato de factoring.* (coord. García Villaverde, R.), Edit. McGraw Hill, pp. 253-276.
- ANTÓN SANCHO, M. (2018): *Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*. Edit. Tirant Lo Blanch.
- ARIAS VARONA, F. J. (2007): El contrato de *factoring*. En Sequeira Martín, A./Gadea Soler, E./ Sacristán Bergia, F (dirs.). *La contratación bancaria*. Edit.: Dykinson, pp. 840-877.
- (2009) Las distintas modalidades de *factoring* y su tratamiento en sede concursal. En *Implicaciones Financieras de la Ley Concursal* (coord. Alonso Ureba, A. y Pulgar Ezquerro, J.). Edit. La Ley, pp. 241–278.

- BLASCO GASCÓ, F.P. y LAGO MONTERO, J.M. (2014): Los contratos ante el concurso de acreedores. En *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias* (dir. Yzquierdo Tolsada, M.), Tomo XVIII, Edit. Aranzadi.
- BONARDELL LENZANO, R. (2007): Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso. En *Estudios de derecho de sociedades y derecho concursal: libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, Vol. 3, Edit. Marcial Pons, pp. 1751-1798.
- CARRASCO PERERA, A. (2009): *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, 3.^a edición, Edit. Aranzadi.
- CIFREDO ORTIZ, P. (2022). *El Contrato de factoring en el concurso de acreedores*. Tesis doctoral: <https://hdl.handle.net/11441/130155>.
- EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M. De (2003): Las vicisitudes del *factoring* en la jurisprudencia y en la legislación recientes. *Revista de Derecho Mercantil*, N.º 50, pp. 1385 y ss.
- FERNÁNDEZ TORRES, I.: “Artículo 578” en *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal. Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo*, Peinado Gracia, J. I. (dir.), Sanjuán y Muñoz, E. (dir.), Cascales Domínguez, E. M. (coord.) Edit. Sepín, 2020, Vol. IV., pp. 21-28.
- GARCÍA-CRUCES, J.A. (1990). *El contrato de factoring*. Edit. Tecnos.
- (2014) Presupuestos y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores, la noción de “perjuicio. En *La reintegración en el concurso de acreedores* (García-Cruces González, J.A. dir.). Edit. Aranzadi.
- (2017): El contrato de “factoring”. En *Contratos mercantiles* (dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, A.), Tomo I, 6.^a edición, Edit. Aranzadi, pp. 1275-1326.
- (2017) La reintegración en el concurso. La acción rescisoria concursal. En *Jurisprudencia y concurso* (dir. García Cruces, J.A.). Edit. Tirant Lo Blanch, pp. 1103-1231.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, J. (2001): Sobre la aplicabilidad del régimen de determinadas cesiones de crédito a negocios de cesión ajenos al *factoring*. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, N.º 84, pp. 171-191.
- (1996). *Contrato de factoring y cesión de créditos*. Edit.: Civitas.
- GARCÍA SOLÉ, F. (1992). El contrato de *factoring* y sus garantías: la crisis del contrato de *factoring*. Aspectos procesales y concursales. En *Jornadas sobre factoring*. Universidad Complutense de Madrid, pp. 161-185.
- (1996): El proceso de transformación de las entidades de crédito de ámbito operativo limitado (ECAOL) en establecimientos financieros de crédito. *Revista de derecho de sociedades*, N.º 6, 1996, págs. 495-502.
- (1999): La reciente normativa sobre factoring, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N.º 2, pp. 1649-1654.
- GARCÍA VICENTE, J.R. (2004): Artículos 61 a 63. En *Comentarios a la Ley Concursal: Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* (coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Vol. 1, Edit. Tecnos, pp. 669-717.

- (2014): Concurso del cedente en el contrato de factoring y régimen de reintegración concursal: la excepción del artículo 71.5.1.º de la Ley Concursal. En *La reintegración en el concurso de acreedores* (dir. García-Cruces, J.A.), 2.ª edición. Edit. Aranzadi, pp. 433-444.
- GARCÍA VILLAVERDE, R.: (2000). Quiebra y contrato de factoring. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, N.º 33, pp. 11-38.
- (1999): Derecho español: naturaleza jurídica. *El contrato de Factoring* (coord. García Villaverde, R.), Edit. McGraw Hill, pp. 368-374.
- (1990): Tipicidad contractual y contratos de financiación. En Alonso Ureba, A., Bonardell Lenzano, R, y García Villaverde, R. (coords), *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Consejo General de Los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio-Universidad Complutense, pp. 3-19.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.ª B. (2013): Sentencia de 21 marzo de 2012 (RJ 2012, 5571). Cumplimiento del contrato en interés del concurso y créditos contra la masa. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 92, pp. 13-27.
- GÓMEZ MENDOZA, M. (2004): Comentario al artículo 61 de la ley concursal. En *Comentarios a la Legislación Concursal T II* (dirs. Adrián, A.J. Sánchez Calero, J. y Guilarte, V.), Edit. Lex Nova, p. 1153.
- GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C. (2009): Contrato de factoring. En De la Cuesta Rute, J.M. (dir.). *Contratos mercantiles*. Edit. Bosch, 2.ª ed. pp. 1225-1282.
- LEÓN SANZ, F.J./RECALDE CASTELLS, A. (2005). Concurso y factoring. *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 4, pp. 65-115.
- (2004): Artículo 71. Acciones de reintegración. En *Comentario de la Ley Concursal* (dir. Rojo, Á. y Beltrán Sánchez, E.), Vol. 1. Edit. Civitas, pp. 1297-1321.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (2004): Comentario a los artículos 61 a 63. En *Comentario de la Ley Concursal* (dirs. Rojo, A. y Beltrán Sánchez, E.), Vol. 1. Edit. Civitas, pp. 1109-1188.
- OTERO COBOS, M.T. (2020): Comentario al artículo 156 TRLC. En *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal: Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo* (dirs. Peinado Gracia, J.I., Sanjuán y Muñoz, E.), Edit. Sepín, 2020, Vol I. pp. 1013-1017.
- (2020) Comentario al artículo 159 TRLC. En *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal: Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo* (dirs. Peinado Gracia, J.I., Sanjuán y Muñoz, E.), Edit. Sepín, Vol I. pp. 1031-1041.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.T. (2020): Artículo 159. Supuestos especiales. En *Comentario a la Ley Concursal* (dir. Pulgar Ezquerro, J.), 2ª ed, Edit. La Ley, pp. 881-887.
- PIÑEL LÓPEZ, E. (2008): La reintegración concursal y las operaciones financieras. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 8 pp. 153-162.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (1988): Cesión de créditos, *Anuario de Derecho Civil*, volumen 41, núm. 4, 1988, pp. 1033-1132.
- PESO DE OJEDA, G. (1999): Aspectos fiscales del contrato de factoring. En *El contrato de Factoring* (coord. García Villaverde, R.), pp. 375-422.
- PULIDO BEGINES, J.L./DEL PUERTO CABRERA, L. (2020). Comentario al art. 226 TRLC. En *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal.*

- Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo* (dirs. Peinado Gracia, J.I, Sanjuán y Muñoz, E.), Vol II. Edit. Sepin, p. 243.
- RECALDE CASTELLS, A. (2005): La separación concursal de créditos que han sido objeto de cesión en el factoring. En *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Vol. 4, Edit. Marcial Pons, pp. 4331-4346.
- ROCA GUILLAMÓN, J. (1977): *El contrato de factoring y su regulación por el Derecho privado español*. Edit. EDERSA.
- RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A. (2019): Refundición y refundación del Derecho concursal (breves reflexiones sobre la propuesta de texto refundido de la ley concursal), *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 313, pp. 213-237.
- RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A. y VÁZQUEZ CUETO, J.C. (2014): Efectos de la declaración de concurso (y II): efectos sobre la actividad del deudor. En *Derecho Mercantil. Volumen 10.º Derecho Concursal* (coord. Jiménez Sánchez, G.J. y Díaz Moreno, A.), 15.ª edición. Edit. Marcial Pons, pp. 263-312.
- SALINAS ADELANTADO, C. (2011): Principios básicos aplicables a los efectos del concurso sobre los contratos, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 24, pp. 99-135.
- SANCHO GARGALLO, I. (2017): *La rescisión concursal*. Edit. Tirant Lo Blanch.
- SÁNCHEZ PAREDES, M.L. (2009): Los contratos bilaterales pendientes en el concurso. *Anuario de Derecho Concursal*, núm.18, pp. 423-473.
- (2018) Los efectos del concurso sobre los contratos. En Regularización, aclaración y armonización de la Legislación Concursal (dir. Rojo Fernández-Río, Á. y Campuzano Laguillo, A.B.). Edit. Aranzadi, 149-196.
- SEQUEIRA MARTÍN, A. (1999): Derechos y obligaciones del cliente. En García Villaverde, R. (coord.) *Contrato de factoring*. Edit.: McGraw Hill, pp. 304-328.
- SIOTA ÁLVAREZ, M. (2008): Algunas cuestiones sobre el régimen tributario del “factoring” en la imposición indirecta. *Crónica tributaria*, N.º 129, pp. 175-202.
- TORRUBIA CHALMETA, B. (2024). Elementos del contrato de factoring. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año n.º 100, N.º 802, pp. 811-852.
- (2023). La prohibición de pacto comisorio en los contratos de garantía: justificación y alcance. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 797, pp. 1393-1443.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E. (2010): Artículo 63. Supuestos especiales. En *Comentarios a la Ley Concursal* (dir. Faustino Cordón Moreno), Vol. 1, 2.ª edición, Cizur Menor (Navarra), pp. 716–321.
- VARA DE PAZ, N. (1999): Extinción del contrato. La quiebra en particular. En García Villaverde, R. (coord.) *Contrato de factoring*. Edit.: McGraw Hill.
- VEIGA COPO, A.B. (2003): Prenda de créditos y negocio fiduciario —venta en garantía. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, N.º 89, pp. 57-124.

NOTAS

¹ GARCÍA VILLAVERDE, R. (2000) señala que el *factoring* “ha sido regulado desde cualquier punto de vista que no fuera el del Derecho de obligaciones privado” y considera que, quizás, ello sea lo más acertado: Quiebra y contrato de *factoring*. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, N.º 33, p. 16.

² La Ley 47/1966 disponía: “*Artículo primero. Estarán exentas del Impuesto sobre las Rentas del Capital las cantidades que perciban las sociedades cuya actividad consista en la gestión de cobro de créditos de sus clientes, en concepto de intereses por el anticipo de fondos a cuenta de dichos créditos, siempre que las Entidades receptoras tributen por el Impuesto sobre Sociedades y las expresadas cantidades se hagan figurar como ingresos de la explotación en las cuentas de resultados.*”

Artículo segundo. Los intereses declarados exentos de imposición por el artículo anterior se considerarán, en todo caso, como rendimientos propios de una actividad regular o típica.”

³ En relación con el tratamiento fiscal del *factoring*, tanto desde el punto de vista de la imposición directa como indirecta, vid. PESO DE OJEDA, G. (1999): Aspectos fiscales del contrato de *factoring*. En *El contrato de Factoring* (coord. García Villaverde, R.), pp. 375-422. Y tras la Resolución 1/2004, de 6 de febrero, de la Dirección General de Tributos, sobre el tratamiento de los contratos de “*factoring*” en el Impuesto sobre el Valor Añadido, SIOTA ÁLVAREZ, M. (2008): Algunas cuestiones sobre el régimen tributario del “*factoring*” en la imposición indirecta. *Crónica tributaria*, N.º 129, pp. 175-202. En el ámbito fiscal se promulgó la Ley 38/2022, de 27 de diciembre, para el establecimiento de gravámenes temporales energético y de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito y por la que se crea el impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas, y se modifican determinadas normas tributarias.

⁴ El art. 1 del Real Decreto 896/1977 señalaba: “*Constituyen Entidades de financiación, a los efectos de este Real Decreto, las Sociedades Anónimas que, con un capital desembolsado no inferior a los límites establecidos en el artículo siguiente, y sin tener la consideración de Empresa bancaria, Caja de Ahorro o Cooperativa de Crédito, tengan por exclusivo objeto la realización de todas o alguna de las siguientes actividades u operaciones: [...] Cuarta. Anticipo de fondos a cuenta de crédito cuya gestión de cobro se asuma.*”

⁵ En el Preámbulo, el Real Decreto 896/1977, de 28 de marzo señala: “*Bajo la denominación de Entidades financieras se engloban una serie muy dispar de Instituciones que, al margen del sistema crediticio tradicional, realizan funciones de intermediación en el mercado monetario y financiero. Estas Entidades, que de hecho constituyen un mercado financiero paralelo al tradicional, se han caracterizado por la amplia libertad con que le son tratadas, ya que las normas legales que las afectan son muy escasas.*” Y “*La propia existencia y el auge adquirido por estas Entidades, la cifra de capitales que atraen y las fuertes sumas de recursos que manejan, hacen necesaria una nueva regulación, con la que se busca tanto el atribuir un «status» jurídico a quienes cumplen una importante función en el mercado financiero como establecer un control directo por parte de la Administración Pública de las actividades que realizan, en beneficio tanto de los terceros como de la propia Entidad.*”

El art. 1 Real Decreto 896/1977, de 28 de marzo señalaba:

“*Primero. Constituyen Entidades de financiación, a los efectos de este Real Decreto, las Sociedades Anónimas que, con un capital desembolsado no inferior a los límites establecidos en el artículo siguiente, y sin tener la consideración de Empresa bancaria, Caja de Ahorro o*

Cooperativa de Crédito, tengan por exclusivo objeto la realización de todas o alguna de las siguientes actividades u operaciones:

[...] Cuarta. Anticipo de fondos a cuenta de crédito cuya gestión de cobro se asuma.

Segundo. Se excluyen del ámbito de aplicación de este Real Decreto:

^{a)} Las Entidades de Derecho Público. ^{b)} Los Bancos, Cajas de Ahorros y Entidades de Crédito Cooperativo. ^{c)} Las Entidades o Empresas que vendan o suministren a plazos los bienes o servicios objeto de su tráfico mercantil. ^{d)} Las Empresas que realicen exclusivamente operaciones de «leasing».”

⁶ El art. 1 del Decreto-Ley 57/1962 señalaba: “Tendrán la consideración de Entidades de Financiación a los efectos de este Decreto-ley, las Sociedades Anónimas que con un capital desembolsado no inferior a cien millones de pesetas tengan por exclusivo objeto la financiación de la parte aplazada en el precio de venta de tractores, maquinaria agrícola pesada, motores destinados a fines industriales o agrícolas, camiones para transporte de mercancía y autobuses, maquinaria y bienes de equipo capital productivo.”

⁷ GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. (2009): Contrato de *factoring*. En De la Cuesta Rute, J.M. (dir.). *Contratos mercantiles*. Edit. Bosch, 2.^a ed. p. 1246.

⁸ El Preámbulo de la LDIEC señala: “Se establece una normativa sancionadora común para el conjunto de las entidades de crédito, denominación más acorde con nuestra tradición jurídica que la de «establecimiento de crédito», a la que sustituye, y que se extiende además a otros tipos de instituciones financieras que desarrollan esencialmente la actividad que define a una entidad de crédito”.

⁹ La LDIEC contenía en el art. 48.2 una habilitación en favor del Ministro de Economía y Hacienda para, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, imponer una serie de medidas de transparencia en la contratación bancaria (OM 12 de diciembre de 1989 y Circular 8/1990).

¹⁰ Vid. al respecto GARCÍA SOLÉ, F. (1996): El proceso de transformación de las entidades de crédito de ámbito operativo limitado (ECAOL) en establecimientos financieros de crédito. *Revista de derecho de sociedades*, N.º 6, p. 495 y ss.

¹¹ GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. (2009): Contrato de *factoring*. En De la Cuesta Rute, J.M. (dir.). *Contratos mercantiles*. Edit. Bosch, 2.^a ed. p. 1229.

¹² Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, sobre creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito.

¹³ ALONSO LEDESMA, C. (1999) considera que incluso puede resultar excesivo por la distinta relevancia de la actividad desarrollada respecto de las entidades bancarias. Elementos personales: el factor. En *El contrato de factoring*. (coord. García Villaverde, R.), Edit. McGraw Hill, p. 254.

¹⁴ El Real Decreto 692/1996, de 26 de abril, sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito, señalaba en el art. 1.:

1. Los establecimientos financieros de crédito tendrán la consideración de entidad de crédito y su actividad principal consistirá en ejercer una o varias de las siguientes actividades:

[...]b) Las de «factoring», con o sin recurso, y las actividades complementarias de la misma, tales como las de investigación y clasificación de la clientela, contabilización de deudores y, en general, cualquier otra actividad que tienda a favorecer la administración, evaluación, seguridad y financiación de los créditos nacidos en el tráfico mercantil nacional o internacional, que les sean cedidos. [...]

2. Como actividades accesorias, los establecimientos financieros de crédito podrán realizar cualesquiera otras que sean necesarias para un mejor desempeño de su actividad principal.

3. *La denominación de «establecimiento financiero de crédito», así como su abreviatura «E.F.C.», queda reservada a estas entidades, las cuales están obligadas a incluirlas en su denominación social.*

La doctrina entenderá que se trata de una reserva de actividad para las entidades de crédito en general y para los establecimientos financieros de crédito, en particular, con la correlativa obligación de desarrollo y reserva de denominación de “Establecimiento Financiero de Crédito” o EFC”. Así, ARIAS VARONA, F. J. (2007): El contrato de *factoring*. En Sequeira Martín, A./Gadea Soler, E./ Sacristán Bergia, F (dirs.). *La contratación bancaria*. Edit.: Dykinson, p. 849, y GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C. (2009): Contrato, cit. pp. 1245-1246.

¹⁵ GARCÍA VILLAVERDE, R. (1990): Quiebra, cit. p. 21. GARCÍA SOLÉ, R. (1999) se refiere a las disposiciones adicionales como “cajón de sastre”. La reciente normativa sobre *factoring*. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, N.º 2, p. 1649. También se muestran críticos ALCOVER GARAU, G. (2000): *Factoring y quiebra (Notas críticas a la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las entidades capital-riesgo y de sus sociedades gestoras)*. Edit. Civitas, p. 11 y GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C. (2009), que muestra su más enérgica repulsa, haciendo referencia expresa al hecho de que, además, las leyes no guardaran relación con la materia regulada. En relación con la DA Tercera de la Ley 1/999 PINEL LÓPEZ, E. (2008) la califica de “Ley percha”. La reintegración concursal y las operaciones financieras. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, N.º 8 p. 158.

¹⁶ La Disposición adicional segunda de la LC (Régimen especial aplicable a entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras):

1. En los concursos de entidades de crédito o entidades legalmente asimiladas a ellas, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras, así como entidades miembros de mercados oficiales de valores y entidades participantes en los sistemas de compensación y liquidación de valores, se aplicarán las especialidades que para las situaciones concursales se hallen establecidas en su legislación específica, salvo las relativas a composición, nombramiento y funcionamiento de la administración concursal. [...]

h) Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las entidades de capital-riesgo y de sus sociedades gestoras (disposición adicional tercera).

¹⁷ El Preámbulo de la Ley 10/2014 señala que su objeto principal es adaptar nuestro ordenamiento a los cambios normativos que se imponen en el ámbito internacional y de la Unión Europea, continuando la transposición iniciada por el Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre. Y que, en este sentido, el Reglamento (UE) n.º 575/2013, de 26 de junio, y la Directiva 2013/36/UE, de 26 de junio, suponen una alteración sustancial de la normativa aplicable a las entidades de crédito, toda vez que aspectos tales como el régimen de supervisión, los requisitos de capital y el régimen sancionador son profusamente modificados.

De acuerdo con el art. 1 de la Ley 10/2014, tras la modificación operada por la disposición final 6.1 de la Ley 11/2023, de 8 de mayo, “*son entidades de crédito:*

a) Las empresas autorizadas cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia;

b) Las empresas autorizadas referidas en el artículo 4.1.1.b) del Reglamento (UE) n.º 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012.

2. Tienen la consideración de entidades de crédito a efectos de la letra a) del apartado anterior:

a) Los bancos. b) Las cajas de ahorros. c) Las cooperativas de crédito. d) El Instituto de Crédito Oficial.

La Ley 10/2024 deroga el Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, por el que se adaptan las normas legales en materia de establecimientos de crédito al ordenamiento jurídico de la Comunidad Económica Europea.

¹⁸ El art. 33.1 del Real Decreto 309/2020, de 11 de febrero, sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito (Ejercicio de la supervisión del cumplimiento de la normativa de ordenación y disciplina), en relación con el control e inspección ejercido por el Banco de España sobre los EFC, señala que se realizará de conformidad con lo establecido en el título III de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, a excepción de determinados artículos y en el título III del Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014 con el fin de garantizar el cumplimiento de la normativa de ordenación y disciplina.

¹⁹ Señala el número 1 de la DA Tercera de la Ley 1/1999: “Esta disposición se aplicará a las cesiones de créditos que se efectúen al amparo de un contrato de cesión que cumpla las siguientes condiciones: 1.^a Que el cedente sea un empresario y los créditos cedidos procedan de su actividad empresarial. 2.^a Que el cesionario sea una entidad de crédito. 3.^a Que los créditos objeto de cesión al amparo del contrato no tengan por deudor a una Administración Pública. 4.^a Que los créditos objeto de cesión al amparo del contrato existan ya en la fecha del contrato de cesión, o nazcan de la actividad empresarial que el cedente lleve a cabo en el plazo máximo de un año a contar desde dicha fecha, o que conste en el contrato de cesión la identidad de los futuros deudores. 5.^a Que el cesionario pague al cedente, al contado o a plazo, el importe de los créditos cedidos con la deducción del coste del servicio prestado. 6.^a Que en el caso de que no se pacte que el cesionario responda frente al cedente de la solvencia del deudor cedido, se acredite que dicho cesionario ha abonado al cedente, en todo o en parte, el importe del crédito cedido antes de su vencimiento.”

²⁰ Señala el número 2 de la DA Tercera de la Ley 1/1999: “Las cesiones de créditos empresariales a que se refiere la presente disposición tendrán eficacia frente a terceros desde la fecha de celebración del contrato de cesión a que se refiere el número anterior siempre que se justifique la certeza de la fecha por alguno de los medios establecidos en los artículos 1.218 y 1.227 del Código Civil o por cualquier otro medio admitido en derecho”.

²¹ AGUILERA RAMOS, A. (1999) entiende que este sería el efecto para las cesiones que no cumplen los requisitos previstos en la DA Tercera de la Ley 1/1999. Derecho español: la posición del deudor cedido y de los terceros. En *El contrato de factoring* (coord. García Villaverde, R.), Edit. McGraw Hill, p. 331.

²² Dispone el art. 1218 CC: “Los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste. También harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros”. Y, el art. 1227: “La fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio”.

²³ En el expediente objeto de la RDGRN de 20 de diciembre de 2019 existía una sustitución fideicomisaria de residuo a favor de la Compañía de Jesús, que podía resultar perjudicada por la existencia y validez del documento privado. La resolución continúa: *Además, en el presente caso, en el segundo de los contratos de compraventa elevado a público, quien firmó el contrato, según se aprecia en el documento aportado, no fue doña M. R. D. A., sino don P.*

J. D. M., en su propio nombre como comprador y en uso de poder de su citada tía como vendedora, por lo que ni siquiera se cumpliría respecto de este contrato el requisito primario del fallecimiento de uno de los firmantes, para que la fecha se tenga por fehaciente, como expresa y literalmente dice el artículo 1227 del Código Civil («(...) desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaron (...)»). Esta es una diferencia esencial respecto de las escrituras públicas, por cuanto éstas, conforme al artículo 1218 del Código Civil hacen prueba «(...) del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste (...); conforme al artículo 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil «(...) los documentos públicos comprendidos en los números 1.º a 6.º del artículo 317 harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ellas»; y conforme al artículo 17 bis de la Ley del Notariado «(...) b) Los documentos públicos autorizados por Notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes».

²⁴ El n.º 1 del art. 7 de la Ley 5/2012 señala: “Los establecimientos financieros de crédito se regirán por lo dispuesto en este título y su normativa de desarrollo y, para todo lo no previsto en la citada normativa, su régimen jurídico será el previsto para las entidades de crédito”.

²⁵ FERNÁNDEZ TORRES, I.: “Artículo 578” en *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal. Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo*, Peinado Gracia, J. I. (dir.), Sanjuán y Muñoz, E. (dir.), Cascales Domínguez, E. M. (coord.). Edit. Sepin, 2020, Vol. IV., p. 23. Esta autora destaca lo complejo de la regulación de las crisis económicas de las entidades financieras, no sólo por la dispersión normativa, sino por la diversidad de procedimientos: concursales y administrativos —de carácter paraconcursal.

²⁶ La Ley 1/1999 fue derogada, a excepción de las disposiciones adicionales 3 y 4, por la Ley 25/2005, de 24 de noviembre, reguladora de las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras, derogada, a su vez, por la Ley 22/2014, de 12 de noviembre. Si cabía alguna duda acerca de si esta última norma había derogado también la DA Tercera de la Ley 1/1999, el TRLC vino a disiparla.

²⁷ VARA DE PAZ, N. (1999) considera el concurso del factor como “supuesto de laboratorio” atendida la normativa prudencial establecida para los EFC. Extinción del contrato. La quiebra en particular. En García Villaverde, R. (coord.) *Contrato de factoring*. Edit.: McGraw Hill, p. 350. GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C. (2009) considera que, en la improbable hipótesis de que se produjera el concurso, las consecuencias dependerán de la decisión que adopte al respecto el concursado o la administración concursal, de acuerdo con el anterior art. 61.2 LC (actuales arts. 158 y 165 TRLC). Si se opta por cumplir el contrato, éste seguirá produciendo sus efectos y las obligaciones que se deriven para el factor tendrán la consideración de deudas contra la masa, con el carácter de prededucibles, y si, en interés del concurso, no se considera adecuada la vigencia del contrato, deberá instarse su resolución ante el juez del concurso. *Contrato*, cit. p. 1274.

²⁸ El AJMerc. n.º1 de Madrid de 25 de marzo de 2015 alude a lo excepcional del supuesto: “a diferencia de lo que ocurre en el caso de otras empresas dedicadas a otras actividades distintas, las entidades de crédito están sujetas a requisitos sumamente estrictos en cuanto concierne al control de su solvencia y liquidez”. Y, justifica la declaración de concurso razonando que: “el artículo 70.1. b) de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, precepto que justificó la intervención de la entidad deudora decretada por Resolución del Banco de España de 12 de marzo de 2015, alude expresamente a la posibilidad de que una entidad de crédito se encuentre en una situación distinta de las

previstas en el ámbito de aplicación de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de Reestructuración y Resolución de las Entidades de Crédito, pero que resulte de excepcional gravedad y pueda poner en peligro su estabilidad, liquidez o solvencia” (La Ley 9/2012 fue derogada por la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión).

²⁹ El AJMerc. n.º1 de Madrid 1 de 25 de marzo de 2015 justifica: “en el caso enjuiciado, la entidad solicitante del concurso se había visto expuesta en fechas muy recientes a una situación excepcional, ajena a los controles ordinarios de las autoridades supervisoras sobre su liquidez y solvencia, provocada, en primer lugar, por la decisión de la Financial Crimes Enforcement Network (FINCEN) del Departamento del Tesoro de Estados Unidos de considerar a Banca Privada d’Andorra, S.A., matriz del Banco de Madrid, S.A.U. como una institución financiera extranjera sometida a preocupación de primer orden en materia de blanqueo de capitales, de acuerdo con la Sección 311 de la USA Patriot Act. Esta decisión fue acompañada de la propuesta de adopción de determinadas medidas que afectan a la entidad y a todo su grupo. La decisión inicial adoptada por el Banco de España de intervenir la entidad en fecha 10 de marzo de 2015, la posterior decisión del Consejo de Administración de la entidad de dimitir en bloque y pedir su sustitución pocas horas después, el nombramiento por parte del Banco de España de administradores provisionales y el anuncio a través de los medios de comunicación de la apertura de expediente a la entidad por parte del Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención de Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (SEPBLAC), así como el posible inicio de actuaciones por el Ministerio Fiscal, precipitaron una situación de pánico y desconfianza de los clientes que provocó una fuga de depósitos acumulada entre los días 10 y 13 de marzo de 2015 de 124 millones de euros. Al cierre de la jornada del viernes 13 estaban registradas de forma adicional órdenes de retirada de depósitos por otros 52,3 millones de euros y existía el riesgo cierto de que las gestoras de fondos pudieran cursar órdenes al Banco de Madrid, S.A.U. para retirar más efectivo traspasándolo a cuentas de otras entidades, lo que implicaría la salida inmediata de un importe cercano a unos 150 millones de euros en total, lo que le habría colocado en una situación de tesorería negativa de más de 100 millones de euros”. Y, entiende que, la entidad “de haber proseguido operando al mismo ritmo de salida de fondos, se habría situado en una situación de imposibilidad manifiesta de continuar cumpliendo regularmente con sus obligaciones exigibles por falta de liquidez, y, en particular, con las peticiones de retirada de depósitos que se habrían seguido produciendo y entiende que el supuesto es subsumible en el presupuesto de la insolvencia inminente, sin perjuicio de la perspectiva de satisfacción (incluso íntegra) de sus compromisos en caso de liquidación ordenada y controlada.”

³⁰ Vid. antes de la publicación de la Ley Concursal: ALCOVER GARAU, G. (2000): *Factoring y quiebra (Notas críticas a la disposición adicional tercera de la Ley 1/199, de 5 de enero, reguladora de las entidades capital-riesgo y de sus sociedades gestoras)*. Edit. Civitas; GARCÍA VILLAVERDE, R. (2000): *Quiebra y contrato de factoring. Cuadernos de Derecho y Comercio*, N.º 33, pp. 11-38; VARA DE PAZ, N. (1999): *Extinción*, cit. pp. 331-368., y GARCÍA DE ENTERRÍA, J. (2001): *Sobre la aplicabilidad del régimen de determinadas cesiones de crédito a negocios de cesión ajenos al factoring. Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, N.º 84, pp. 171-191. Y, tras la publicación de la Ley Concursal, vid. LEÓN SANZ, F.J./RECALDE CASTELLS, A. (2005): *Concurso y factoring. Anuario de Derecho Concursal*, N.º4, pp. 65-115.

³¹ Para el estudio del origen, concepto y naturaleza jurídica del *factoring*, de las partes, de las clases y de la extinción de este contrato, nos remitimos a TORRUBIA CHALMETA, B.

(2024): Elementos del contrato de *factoring*. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año n.º 100, N.º 802, pp. 811-852.

³² ROCA GUILLAMÓN, J. (1977): *El contrato de factoring y su regulación por el Derecho privado español*. Edit. EDERSA., p. 68, GARCÍA DE ENTERRÍA, J. (1996): *Contrato de factoring y cesión de créditos*. Edit. Civitas. P. 68 y SEQUEIRA MARTÍN, A. (1999): Derechos y obligaciones del cliente. En García Villaverde, R. (coord.) *Contrato de factoring*. Edit.: McGraw Hill, p. 305 señalan que la facultad de aprobación no es arbitraria, sino que se dirige a la comprobación de que los créditos cumplen las condiciones establecidas previamente para la cesión, y que debe ejercerse de acuerdo con la buena fe (art. 57 CCom) estando obligado el factor a aceptar los créditos que se ajusten a las condiciones preestablecidas.

³³ Para el estudio de la causa en los contratos de financiación y en los contratos de garantía nos remitimos a TORRUBIA CHALMETA, B. (2023): La prohibición de pacto comisorio en los contratos de garantía: justificación y alcance. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 797, pp. 1393-1443.

³⁴ GARCÍA VILLAVERDE, R. (1999) señala que la naturaleza atípica y mixta del contrato de *factoring* se debe completar con las que correspondan según el tipo de prestaciones asumidas, fundamentalmente, por la entidad de *factoring*. Derecho español: naturaleza jurídica. *El contrato de Factoring* (coord. García Villaverde, R.), Edit. McGraw Hill, p. 368.

³⁵ En la doctrina, de cara a resolver el valor o eficacia de las cesiones, GARCÍA DE ENTERRÍA, J. (1996) propone acudir a la causa en relación con las distintas funciones que puede desempeñar el *factoring*. *Contrato de factoring y cesión de créditos* (2.ª ed.). Edit. Civitas, pp. 113 y ss. En contra, GARCÍA CRUCES, J.A. (1990): *El contrato de factoring*. Edit.: Tecnos, pp. 159 y ss. Por su parte, GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. (2009) considera que en el *factoring* la cesión de créditos se presenta, en principio, siempre como definitiva o con plenos efectos traslativos perdiendo el cliente cualquier poder de administración, gestión o disposición sobre los créditos. La causa de la atribución patrimonial es “la transmisión de un crédito para su sometimiento a factorización”, es decir, a la prestación por el factor de los “servicios de factoring” pactados” (con cita de SEQUEIRA MARTÍN, A. (1999): Derechos y obligaciones del cliente. En García Villaverde, R. (coord.) *Contrato de factoring*. Edit.: McGraw Hill, pp. 309 y 314). El contrato, cit. p. 1241.

³⁶ GARCÍA VILLAVERDE, R. (1999), Derecho español, *cit.*, p. 374; EIZAGUIRRE, J.M. De (2003). Las vicisitudes del *factoring* en la jurisprudencia y en la legislación recientes. *Revista de Derecho Mercantil*, N.º 50, p. 1407, y LEÓN SANZ, F.J./RECALDE CASTELLS, A. (2005). Concurso y cit. p. 70.

³⁷ ARIAS VARONA, F. J. (2007). El contrato de factoring. En Sequeira Martín, A./Gadea Soler, E./ Sacristán Bergia, F (dirs.). *La contratación bancaria*. Edit.: Dykinson, p. 849 y con reservas, GARCÍA VILLAVERDE, R. (1999). Derecho español, *cit.*, p. 374 y GARCÍA SOLÉ, F. (1992): El contrato de *factoring* y sus garantías: la crisis del contrato de *factoring*. Aspectos procesales y concursales. En Jornadas sobre *factoring*. Coord. Universidad Complutense de Madrid, pp. 163.

³⁸ La Ley 16/2022 tiene por objeto la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). Esta Directiva exige la introducción en las legislaciones nacionales de uno o varios procedimientos de reestructuración preventiva para asegurar la continuidad de empresas y negocios que, siendo viables, se encuentran en dificultades financieras que pueden amenazar la solvencia y acarrear el consiguiente

concurso. Ante la libertad de opción, el legislador español ha reducido las dos instituciones existentes (los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pago) a una sola: los planes de reestructuración, realizando adaptaciones para los deudores de menor activo, de menor cifra de negocios o de menor número de trabajadores. También mantiene los principios de decisión mayoritaria de los acreedores y de intervención judicial mínima. Para la transposición, la Ley 16/2022 sustituye por completo el libro segundo de la Ley Concursal.

³⁹ La Ley 16/2022 no establece ningún procedimiento para realizar la formación de clases y la votación del plan. Si requiere que el plan tenga un contenido mínimo y sea notificado a todos los acreedores afectados antes de proceder a su homologación. Todos los acreedores afectados tienen derecho de voto ponderado en función del importe nominal de su crédito y el plan se entenderá aprobado por cada clase de créditos si vota a favor más de los dos tercios del pasivo incluido en esa clase. Se precisa un 75% en la clase de créditos garantizados con garantía real y se mantiene la regla especial para créditos sujetos a pacto de sindicación.

⁴⁰ Señala GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C. (2009) que la función de financiación del *factoring* es la más frecuente en la práctica, El contrato, cit. p. 63.

⁴¹ El TRLC de 2020 mantiene en el artículo 578 (Régimen especial del concurso de acreedores) ubicado en el Título XIV (De los concursos de acreedores con especialidades), Capítulo II (De las especialidades del concurso por razón de la persona del deudor) la vigencia de la DA Tercera de la Ley 1/1999 que la Ley Concursal de 2003 había previsto en la DA Segunda 2, h.

⁴² ARIAS VARONA, F. J. (2007) señala que esta conclusión se ve, además, apoyada en el hecho de que se trata de un contrato de financiación donde las posibilidades de que el factor recupere los importes que vaya anticipando a lo largo del concurso se reducen considerablemente, aun cuando se califiquen los pagos como deudas de la masa. El contrato cit. pp. 870-871. Consideraban aceptable esta conclusión vigente el derogado procedimiento de quiebra EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M. De (2003): Las vicisitudes del *factoring* en la jurisprudencia y en la legislación recientes. *Revista de Derecho Mercantil*, N.º 50, p. 1423, y LEÓN SANZ, F.J./RECALDE CASTELLS, A. (2005): Concurso, cit. pp. 78-79. En contra, GONZÁLEZ-VÁZQUEZ, J.C. (2009) por tres motivos: el primero por carecer de fundamento el tópico de que el legislador concursal quiso con la LC “favorecer” el convenio frente a la liquidación como solución concursal; el segundo porque la pervivencia o no del contrato de *factoring* no afecta al aseguramiento de más o menos masa activa, y, el tercero, por no ser posible sostener que, en caso de concurso, el empresario no podrá cumplir con sus obligaciones dado que, en tal caso, la propia LC prevé la posibilidad de resolver el contrato si se constata dicho incumplimiento de forma apriorística. Contrato, cit. p. 1278.

⁴³ Redacción tras la reforma de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre. Con anterioridad a esta ley, el art. 156 TRLC señalaba: “La declaración de concurso no es causa de resolución anticipada del contrato. Se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes.”

⁴⁴ OTERO COBOS, M.T. (2020) que esta regla supone una limitación *ex lege* del principio de libertad contractual reconocido en por el art. 1255 CC, Comentario al artículo 156 TRLC. En *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal: Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo* (dirs. Peinado Gracia, J.I., Sanjuán y Muñoz, E.), Edit. Sepín, Vol I, p. 1017.

⁴⁵ GONZÁLEZ MENDOZA, M. (2004): Comentario al artículo 61 de la ley concursal. En *Comentarios a la Legislación Concursal T II* (dirs. Adrián, A.J. Sánchez Calero, J. y Guilarte, V.), Edit. Lex Nova, p. 1153.

⁴⁶ MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (2004): Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas. En *Comentario de la Ley Concursal* (dirs. Rojo, A. y Beltrán Sánchez, E.), Vol. 1, Edit. Civitas, p. 1159.

⁴⁷ OTERO COBOS, M.T. (2020), Comentario al artículo 156 TRLC, cit. p. 1016.

⁴⁸ GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.^aB. (2013): Sentencia de 21 marzo de 2012 (RJ 2012, 5571). Cumplimiento del contrato en interés del concurso y créditos contra la masa. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 92, p. 19.

⁴⁹ La importancia de la ubicación del precepto en la derogada LC ha sido destacada por MARTÍNEZ FLOREZ, A. (2004). Comentario a los artículos 61 a 63 de la Ley Concursal. En Rojo, Á., Beltrán, E. (coord.) *Comentarios de la Ley Concursal*, Vol. I. Edit.: Civitas, pp. 1110-1111. Como señala CIFREDO ORTIZ, P. (2021) el principio general de vigencia de los contratos una vez declarado el concurso que recoge el artículo 156 TRLC “*ha sido todo un acierto*”, dado que la LC no lo establecía con carácter general, sino que se refería a él en el título del artículo 61, que regulaba los efectos del concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas, lo volvía a nombrar en el apartado dedicado a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes (art. 61.2 LC), y lo destacaba en su exposición de motivos (III), relacionándolo con los contratos con prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes. Esta autora entiende que esa es la razón por la que BLASCO GASCÓ, F.P. y LAGO MONTERO, J.M. (2014): Los contratos ante el concurso de acreedores. En *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias* (dir. Yzquierdo Tolsada, M.), Tomo XVIII. Edit. Aranzadi, p. 45, y SALINAS ADELANTADO, C. (2011): Principios básicos aplicables a los efectos del concurso sobre los contratos, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 24, p.104 entendieran que el principio de vigencia de los contratos quedaba limitado a aquéllos con prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes. Pero que, no obstante, RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A. y VÁZQUEZ CUETO, J.C. (2014): Efectos de la declaración de concurso (y II): efectos sobre la actividad del deudor. En *Derecho Mercantil. Volumen 10.º Derecho Concursal* (coord. Jiménez Sánchez, G.J. y Díaz Moreno, A.), 15.ª edición. Edit. Marcial Pons, p. 283, acertadamente extendían el principio a todas las relaciones negociales en vigor al declararse el concurso, incluyendo los contratos unilaterales, los no sinalagmáticos y las relaciones negociales plurilaterales o de organización. *El contrato de factoring en el concurso de acreedores* <https://hdl.handle.net/11441/130155>, p. 178, nota a pie. 526.

⁵⁰ En este sentido OTERO COBOS, M.T. (2020): Comentario al artículo 156 TRLC, cit. p. 1017.

⁵¹ Al igual que lo hacía el artículo 63 LC de 2003, el TRLC recoge los supuestos especiales en el artículo 159, que señala: “1. *La declaración de concurso no afectará al ejercicio de la facultad de denuncia unilateral del contrato en los casos en que así se reconozca expresamente por la ley.*

2. La declaración de concurso no afectará a la aplicación de las leyes que dispongan o expresamente permitan pactar la extinción del contrato en los casos de situaciones concursales o de liquidación administrativa de alguna de las partes. Diversas normas reconocen la facultad de desistimiento unilateral del contrato por uno de los contratantes. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.T. (2020) se refiere a la potestad de desistimiento del propietario en el contrato de obra aunque ésta haya comenzado, debiendo dejar indemne al contratista: art. 1594 CC, de mandante y mandatario (arts. 1733 y 1736 CC), del depositante que reclame la restitución de lo depositado (art. 1775 CC), del comitente en la comisión mercantil (art. 279 CCom), del consumidor y usuario en los contratos a distancia y fuera del establecimiento (art. 102 Texto Refundido

LGDCU), y en los contratos de venta a plazos de bienes muebles (art. 9 LVPBM)». «Artículo 159. Supuestos especiales». En *Comentario a la Ley Concursal* (dir. Juana Pulgar Ezquerra), 2ª edición, Edit. La Ley, p. 883. En algunos casos, la facultad de denuncia se vincula a la declaración de concurso o a la apertura de la fase de liquidación (contrato de agencia (artículo 26.1.b LCAG) y seguro de daños (art. 37 LCS). En relación con la facultad resolutoria ligada a la declaración de concurso cabe citar el art. 1732.3º CC, que recoge como causa de finalización del mandato el concurso o insolvencia del mandante o el mandatario” y, como norma que permite pactar la extinción del contrato, el artículo decimoseto.1 del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de Reformas Urgentes para el Impulso a la Productividad y para la Mejora de la Contratación Pública. (La declaración del vencimiento anticipado, resolución, terminación, ejecución o efecto equivalente del acuerdo de compensación contractual o de las operaciones financieras realizadas en el marco del mismo o en relación con él no podrá verse limitada, restringida o afectada en cualquier forma por la apertura de un procedimiento concursal o de liquidación administrativa. En caso de ejercicio de la acción resolutoria la indemnización prevista en el artículo 61.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal se calculará conforme a las reglas previstas en dicho acuerdo.). Vid. OTERO COBOS, M.T. (2020) *Comentario al artículo 159. En Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal: Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo* (dirs. Peinado Gracia, J.I., Sanjuán y Muñoz, E.), Edit. Sepín, Vol I. pp. 1032 -1039.

⁵² En este sentido OTERO COBOS, M.T. (2020) cita, en apoyo de esta tesis, la RDGRN de 21 de enero de 2015 que señala que no puede inscribirse un préstamo hipotecario que incorpore una cláusula contraria a derecho que permita la extinción del contrato si la parte deudora o cualquiera de sus integrantes o de los fiadores “fuesen declarados en concurso o presentasen solicitud de concurso voluntario o fuese admitida a trámite la solicitud de su concurso necesario”. *Comentario al artículo 156 TRLC*, cit. p. 1017.

⁵³ La Ley 16/2022 considera microempresas (o micropymes) aquellas empresas que hayan empleado durante el año anterior a la solicitud de inicio del procedimiento especial una media de menos de diez trabajadores y tengan un volumen de negocio anual inferior a 7000.000 euros o un pasivo inferior a 350.000 euros según las últimas cuentas cerradas en el ejercicio anterior a la presentación de la solicitud. La definición se basa en el art. 3 de la Directiva 2013/34 UE, de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas. El procedimiento especial busca, de acuerdo con el Preámbulo de la Ley 16/2022, reducir los costes del procedimiento, eliminando los trámites no necesarios y dejando reducida la participación de profesionales e instituciones a los casos en que su función resulte imprescindible, o su coste sea voluntariamente asumido por las partes. El juez solo interviene para adoptar las decisiones más relevantes del procedimiento o cuando existe una cuestión litigiosa que las partes eleven al juzgado. Los incidentes se solucionan, salvo excepciones, por un procedimiento escrito; y, cuando sea necesaria la participación oral de las partes o de expertos se utilizan las vistas virtuales. Los incidentes y recursos no tienen efectos suspensivos, aunque el juez puede adoptar medidas cautelares o suspensorios determinados efectos. En general, las decisiones judiciales no son recurribles. Asimismo, se realiza una simplificación procesal estructural para las partes de modo que la comunicación en el seno del procedimiento se realiza a través de formularios normalizados oficiales accesibles en línea y sin coste. Los trámites pueden transcurrir en paralelo, a diferencia del concurso de acreedores que se desarrolla de forma lineal con etapas consecutivas. Uno de los aspectos más novedosos es el carácter modular del sistema, que permite a las partes que soliciten su aplicación solo si lo desean: así ocurre con la paralización de ejecuciones

sobre activos con garantía real y el nombramiento de profesionales. El procedimiento se basa en la veracidad de la información aportada y es único: las microempresas no tienen acceso al concurso ni a los acuerdos de reestructuración. Se combinan los aspectos del concurso y de los planes de reestructuración que mejor se adaptan a las microempresas: el presupuesto objetivo es amplio y se puede utilizar cuando la microempresa está en probabilidad de insolvencia (situación preconcursal), insolvencia inminente o insolvencia actual (situación concursal). Los autónomos, además de tener acceso al procedimiento especial (si son microempresas), pueden acceder al procedimiento de segunda oportunidad. Los elementos clave de este procedimiento especial único son: la negociación y el modo de finalización de esta. De una parte, se trata de un procedimiento formal, en el que se contempla un período de negociación de tres meses no prorrogables, durante los cuales se suspenden las ejecuciones singulares y se puede preparar un plan de continuación o la enajenación de la empresa en funcionamiento. Finalizado este plazo se inicia un procedimiento formal, pero muy flexible y de bajo coste. De otra, se establecen dos posibles itinerarios: una liquidación rápida (fast-track) o un procedimiento de continuación de rápida gestión y flexible. Solo pueden liquidarse empresas insolventes; la normativa mercantil ya ofrece vías de liquidación de empresas solventes. Los autónomos pueden acceder al procedimiento de segunda oportunidad desde cualquiera de los dos itinerarios.

El artículo 697 ter. 1, 5.º TRLC incluye dentro de las menciones obligatorias del plan de continuación los efectos sobre los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que, en su caso, vayan a quedar afectados por el plan.

⁵⁴ El art. 694bis. 4 TRLC señala: “*La apertura de la liquidación no afectará a los contratos pendientes de ejecución por ambas partes, ni serán válidas las cláusulas que permitan la resolución anticipada en caso de liquidación, en tanto exista la posibilidad de transmisión de la empresa en funcionamiento y no se haya producido un incumplimiento del contrato, posterior o anterior al inicio del procedimiento especial de liquidación*”.

⁵⁵ El artículo 585 TRLC permite al deudor persona natural o jurídica, en caso de probabilidad de insolvencia o de insolvencia inminente, comunicar al juzgado competente para la declaración del concurso, y en tanto no se haya admitido a trámite solicitud de declaración de concurso necesario, la existencia de negociaciones con sus acreedores, o la intención de iniciarlas de inmediato, para alcanzar un plan de reestructuración que permita superar la situación en la que se encuentra.

⁵⁶ El Principio general de vigencia de los contratos, también se establece para el caso de la homologación de un plan de reestructuración, si bien, con la novedad de declarar ineficaces las cláusulas de cambio de control que una capitalización de créditos pueda causar. Así, el art. 618.2 TRLC señala:

“Los contratos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor no podrán suspenderse, modificarse, resolverse o terminarse anticipadamente por el mero hecho de que el plan de reestructuración conlleve un cambio de control del deudor.”

⁵⁷ VALPUESTA GASTAMINZA, E. (2010): Artículo 63. Supuestos especiales. En *Comentarios a la Ley Concursal* (dir. Faustino Cordón Moreno), Vol. 1, 2.ª edición, Cizur Menor (Navarra), p. 719. En este sentido, la SAP de Asturias, de 20 de febrero de 2014, en relación con un contrato de cuentas en participación resuelto unilateralmente, señala que el *principio general de prohibición de vínculos perpetuos no puede resultar afectado por la declaración de concurso de una de las partes*.

⁵⁸ MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (2004) Comentario, cit. pp. 1175 y ss.

⁵⁹ El art. 165 TRLC, tras la modificación en el apartado 3 introducida por la Ley 16/2022, establece:

“1. Aunque no exista causa de resolución, el concursado, en caso de intervención, y, la administración concursal, en caso de suspensión, podrán solicitar la resolución de cualquier contrato con obligaciones recíprocas si lo estimaran necesario o conveniente para el interés del concurso.

2. Antes de presentar la demanda ante el juez del concurso, las personas legitimadas podrán solicitar al Letrado de la Administración de Justicia que cite al concursado, a la administración concursal y a la otra parte en el contrato a una comparecencia ante el juez del concurso. Celebrada la comparecencia, de existir acuerdo en cuanto a la resolución y sus efectos, el juez dictará auto declarando resuelto el contrato de conformidad con lo acordado. Si hubiere discrepancias, cualquiera de los legitimados podrá presentar demanda de resolución conforme a lo establecido en el apartado anterior.

3. La demanda de resolución se tramitará por los cauces del incidente concursal. El juez decidirá acerca de la resolución solicitada acordando, en su caso, las restituciones que procedan. El crédito que, en su caso, corresponda a la contraparte en concepto de indemnización de daños y perjuicios tendrá la consideración de crédito concursal.

Si el contrato a resolver fuera de arrendamiento financiero, a la demanda se acompañará tasación pericial independiente del valor de los bienes cedidos, que el juez podrá tener en cuenta para fijar la indemnización.”

⁶⁰ El apartado 3 del art. 165 TRLC fue modificado por la Ley 16/2022. Con anterioridad a la reforma señalaba: “La demanda de resolución se tramitará por los cauces del incidente concursal. El juez decidirá acerca de la resolución solicitada acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa.” El Tribunal Supremo, había señalado a este respecto que la indemnización de daños y perjuicios con cargo a la masa no era una consecuencia necesaria e ineludible de la resolución del contrato en interés del concurso (STS de 18 de marzo de 2016 (RJ 2016, 853)).

⁶¹ BONARDELL LENZANO, R. (2007): Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso. En *Estudios de derecho de sociedades y derecho concursal: libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, Vol. 3. Edit. Marcial Pons, p. 1782.

⁶² MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (2004) Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas. En *Comentario de la Ley Concursal* (dir. Rojo, Á. y Beltrán Sánchez, E.), Vol. 1. Edit. Civitas, pp. 1150-1151 y VALPUESTA GASTAMINZA, E. (2010): Artículo 61, cit., p. 701.

⁶³ En este sentido BONARDELL LENZANO, R. (2007): Régimen, cit. pp. 1779 y 1780.

⁶⁴ Señalan estos artículos:

Artículo 160 (Resolución por incumplimiento anterior): *Declarado el concurso, la facultad de resolución del contrato por incumplimiento anterior a la declaración de concurso solo podrá ejercitarse si el contrato fuera de tracto sucesivo.*

Artículo 161 (Resolución por incumplimiento posterior): *Declarado el concurso, la facultad de resolución del contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento podrá ejercitarse por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes.*

Artículo 162 (Ejercicio de la acción de resolución): *La acción de resolución del contrato por incumplimiento se ejercitará ante el juez del concurso y se sustanciará por los trámites del incidente concursal.*

Artículo 163 (Efectos de la resolución del contrato), tras la modificación operada por la Ley 16/2022:

1. *En caso de resolución del contrato por incumplimiento, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento.*

2. Si el incumplimiento del concursado hubiera sido anterior a la declaración del concurso, el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones y el correspondiente a la indemnización de los daños y perjuicios causados por ese incumplimiento tendrán la consideración de crédito concursal, cualquiera que sea la fecha de la resolución.

3. Si el incumplimiento del concursado fuera posterior a la declaración de concurso, el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones y el correspondiente a la indemnización de daños y perjuicios causados por el incumplimiento tendrán la consideración de crédito contra la masa.

⁶⁵ *Contra la sentencia que acuerde el mantenimiento del contrato la parte que se considere perjudicada podrá interponer recurso de apelación* (art. 164.4 TRLC).

⁶⁶ El art. 620.4 TRLC señala: “*Las controversias que se susciten sobre la necesidad de resolver o terminar el contrato o la cuantía que debe satisfacer el deudor se tramitarán por el cauce de la impugnación u oposición al plan.*”.

⁶⁷ La determinación de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que, en su caso, vayan a quedar resueltos en virtud del plan es una de las menciones obligatorias de los planes de reestructuración (art. 633.6.^a TRLC). “*Cuando en el auto de homologación del plan de reestructuración se hubiera acordado la resolución de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, la parte afectada podrá impugnar esa resolución por cualquiera de los siguientes motivos: 1.º Que esa resolución del contrato no resulte necesaria para asegurar el buen fin de la reestructuración y prevenir el concurso. 2.º Que no sea adecuada la indemnización prevista en el plan por la resolución anticipada del contrato.*” (art. 657 TRLC).

⁶⁸ El Tribunal Supremo señala también que las obligaciones que tuvieron inicialmente la condición de recíprocas la «pierden» si una de las partes cumple su prestación antes de la declaración del concurso. Ello determina que, si el cumplidor es la parte *in bonis*, su crédito sea declarado concursal, y concluye que la razón es que, durante la tramitación del concurso la relación funciona, de hecho, como aquellas que en su estructura original no eran recíprocas». Señala CIFREDO ORTIZ, P. (2021) que, cuando el TS usa “el desacertado vocablo «perders»” para hacer referencia a la condición de recíproca de una obligación, no se está refiriendo a la pérdida de la reciprocidad sino a que, en este supuesto del artículo 157 TRLC, la relación recíproca entre las partes no se protege de un modo especial, como sí se hace en el artículo 158 TRLC. Con cita de ANTÓN SANCHO, M. (2018): *Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*. Edit. Tirant Lo Blanch, p. 61 que, en relación con el leasing en el concurso, señala que «no deja de existir la reciprocidad entre la obligación de una y otra parte por el hecho de que una parte la cumpla instantáneamente y la otra de manera periódica; no deja de existir la reciprocidad entre la entrega del bien cedido y el pago de la cuota» concluyendo que «la cuestión es que en un proceso concursal esa reciprocidad no se protege de modo especial cuando una parte ha cumplido antes de la declaración del concurso». *El contrato de factoring*, p. 202, nota 592.

⁶⁹ VARA DE PAZ, N. (1999): Extinción, cit. p. 344; ARIAS VARONA, F.J. (2009): Las distintas modalidades de *factoring* y su tratamiento en sede concursal. En *Implicaciones Financieras de la Ley Concursal* (coord. Alonso Ureba, A. y Pulgar Ezquerra, J.). Edit. La Ley, p. 257; y CIFREDO ORTIZ, P. (2021): El contrato, cit. pág. 207. La STS 505/2013, 24 de Julio de 2013 (RJ 2013, 5204), con referencia a las sentencias 145/2012 y 161/2012, ambas de 21 de marzo, señala que “*en el contrato de tracto sucesivo las prestaciones son susceptibles de aprovechamiento independiente, en el sentido de que cada prestación singular satisface integralmente el interés de ambas partes durante el correspondiente periodo, independientemente*

de las prestaciones pasadas o futuras de ese mismo contrato. Mientras que en el contrato de tracto único la prestación se configura como objeto unitario de una sola obligación, al margen de que se realice en un sólo acto o momento jurídico, o bien se fraccione en prestaciones parciales que se realizan en periodos de tiempo iguales o no. Por su parte Resolución 1/2004, de 6 de febrero, de la Dirección General de Tributos, sobre el tratamiento de los contratos de factoring en el IVA, en relación con el problema de la determinación del devengo del tributo correspondiente a las distintas prestaciones que puede haber en el marco de un contrato de "factoring" ha señalado: "De lo anterior se deduce que el conjunto de las prestaciones que se desarrollan en un contrato de "factoring" marco, en el seno del cual se realizan sucesivas cesiones de créditos, son operaciones de tracto sucesivo, para las cuales el devengo del Impuesto se produce en el momento en que resulte exigible la parte o el total del precio correspondiente a las mismas. Considerando que es habitual en este tipo de contratos la liquidación de las cantidades correspondientes al descuento, es decir, mediante la detracción de su importe de los créditos cedidos por parte de los cedentes, se deduce que es cuando se produzcan las respectivas cesiones cuando se devengará el tributo, en su caso, correspondiente a las mismas y, a la vez, se fijará el momento de imputación de los importes correspondientes para la determinación de la prorrata de deducción"

⁷⁰ GARCÍA VICENTE, J.R. (2004) entiende que, en sentido estricto, el art. 61.1 LC (actual art. 157 TRLC) únicamente es aplicable a los contratos de tracto único. Artículos 61 a 63. En *Comentarios a la Ley Concursal: Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* (coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Vol. 1, Edit. Tecnos, p. 698. Por su parte, GÓMEZ MENDOZA, M. (2005) considera que los contratos de tracto sucesivo, por definición, han de calificarse pendientes de cumplimiento por ambas partes y regirse por el artículo 61.2 LC (actual art. 158 TRLC). Efectos del concurso sobre los contratos. Cuestiones generales. En *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Vol. 3, p. 2805.

⁷¹ SÁNCHEZ PAREDES, M.L. (2009): Los contratos bilaterales pendientes en el concurso. *Anuario de Derecho Concursal*, núm.18, p. 437.

⁷² ANTÓN SANCHO, M. (2018). Efectos cit. pp. 60 y 61.

⁷³ SÁNCHEZ PAREDES, M.L. (2018) entiende que la solución prevista en el artículo 157 TRLC resulta extensible a todos los contratos en los que solo un contratante resulta obligado. Los efectos del concurso sobre los contratos. En *Regularización, aclaración y armonización de la Legislación Concursal* (dir. Rojo Fernández-Río, Á. y Campuzano Laguillo, A.B.). Edit. Aranzadi, p. 175.

⁷⁴ Señala ANTÓN SANCHO, M. (2018) que, dado que el régimen que se aplica a los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas cumplidas por una de las partes al tiempo de declaración del concurso es el régimen general que se aplicaría a cualquier contrato que no fuera sinalagmático, tanto la doctrina, como la jurisprudencia no tienen inconveniente en extender la regulación del apartado 1 del art. 61 a contratos que son unilaterales. Efectos, cit., p. 67.

⁷⁵ Los contratos unilaterales seguirán el régimen general del art. 251.1 TRLC que establece: «*Todos los créditos contra el deudor, ordinarios o no, a la fecha de la declaración de concurso, cualquiera que sea la nacionalidad y el domicilio del acreedor, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva, estén o no reconocidos en el procedimiento, salvo que tengan la consideración de crédito contra la masa*». Si bien, a efectos prácticos, el resultado es el mismo que produce el art. 157 TRLC.

⁷⁶ Señalan LEÓN SANZ, F.J./RECALDE CASTELLS, A. (2005) que en Derecho español se ha optado por establecer una regulación específica, siguiendo el Derecho italiano, en lugar de por la alternativa alemana de extender el planteamiento de las operaciones al contado, Concurso y cit. p. 86.

⁷⁷ El art. 872.2, posteriormente derogado por la LC, establecía: “*Todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos*”. El Tribunal Supremo se ha referido al rigor del sistema de retroacción de la quiebra en diferentes sentencias. Es ilustrativa la de 3550/2013 de 3 de julio de 2013 que, siguiendo la línea expositiva de la STS 740/2012, señala: “*durante muchos años, desde la Sentencia de 7 de marzo de 1931 la jurisprudencia de esta Sala interpretó literalmente el art. 878.2 del Código de Comercio, proclamando la nulidad de todos los actos comprendidos en el periodo de retroacción, sin admitir limitaciones ni por razón de las personas afectadas ni por los negocios realizados. Esta interpretación jurisprudencial aparece en numerosas resoluciones, entre las más recientes las SSTS 608/2000, de 12 de junio; 91/2001, de 8 de febrero; 286/2002, de 3 de abril; 874/2002, de 30 de septiembre; 194/2003, de 28 de febrero, 21/2004, de 29 de enero, 214/2004 de 26 de marzo, incluso, en alguna ocasión, llegó a dejar sin efecto la eficacia protectora para el tercero hipotecario de la fe pública registral (Sentencias de 17 de marzo de 1958 y 15 de noviembre de 1991). Ello no obstante, ciertamente, durante esta época en la que se predicaba la nulidad absoluta, esta Sala había desestimado la pretensión de ineficacia del acto impugnado por advertir, en unas ocasiones, una clara ausencia de perjuicio para la masa de la quiebra (en operaciones de descuento bancario, porque se trata de sustituir un activo financiero por otro líquido del quebrado, STS de 28 de mayo de 1960, 15 de octubre de 1976 y 12 de noviembre de 1977) y, en otras ocasiones, porque una aplicación rigorista del art. 878 del Código de Comercio sobre operaciones propias del tráfico y giro comercial de la quebrada supondría una inseguridad jurídica para la economía y unas perniciosas consecuencias sociales. Otras sentencias, dentro de esta misma época, relativizaron los efectos de esta ineficacia, exigiendo la necesidad del fraude (STS 2005/1993, de 12 de marzo) o del perjuicio (STS 870/1993, de 20 de setiembre) que vendría representado por un detrimento patrimonial. Es cierto que la nulidad a que se refiere el art. 878.2 del Código de Comercio no supone una nulidad radical, más propia de la ineficacia estructural en origen derivada de una irregularidad en la formación del contrato que se produce “*ipso iure*” y “*erga omnes*”, de forma definitiva e insubsanable, sin posibilidad de confirmación. Así lo ha entendido la doctrina que ya, desde antiguo, señaló que la ineficacia del art. 878.2 del Código de Comercio no responde a ninguno de los caracteres propios de la nulidad: ni es originaria ni es estructural, sino funcional y sobrevenida. Y así, finalmente, ha sido admitida por la Jurisprudencia de esta Sala, a partir de la STS 951/2005, de 13 de diciembre, y, en la actualidad, unánime e incontrovertida, entre las más recientes las STS de 8 de marzo, 29 de julio, 29 de septiembre, 10 de noviembre y 14 de diciembre de 2010, 23 de marzo de 2011, 1 de octubre de 2012 y, la invocada, 740/2012 de 12 de diciembre, y las que en ella se citan). Una ineficacia de estas características responde a la categoría jurídica de la rescisión, cuyo fundamento último se encuentra en el agravio jurídico patrimonial, esto es, en el perjuicio para la masa activa, lo que se acomoda a lo que preceptuaba el art. 1366 de la LEC de 1998 que legitimaba a los síndicos “*para pedir la retroacción de los actos que en perjuicio de la quiebra haya hecho el quebrado en tiempo hábil*”, lo que presuponia que la ineficacia debía predicarse de los actos realizados por el deudor que ocasionen un perjuicio para la masa de la quiebra realizados dentro del periodo de retroacción. Esta interpretación es la que contempla la vigente Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que abandona el sistema “*perturbador*” de la retroacción y, en su lugar, contempla otro integrado*

por las acciones de reintegración de naturaleza rescisoria, como antes se contempló en el art. 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario; la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las entidades de capital riesgo y de sus sociedades gestoras, en relación con la disposición denegatoria de la Ley 25/2005, de 24 de noviembre, sobre sistemas de pagos y liquidación de valores, reformada por la citada Ley 25/2005. Pues, en efecto, el art. 71 establece que serán rescindibles los actos realizados por el deudor que hayan ocasionado un perjuicio a la masa activa; excluye de la rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial realizados en condiciones normales (art. 71, apartado 5. 1.º) y reconoce la restitución de las prestaciones a quien contrató con el deudor como crédito contra la masa (art. 73.3), salvo que la sentencia apreciara mala fe en el acreedor en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado (último inciso del art. 73.3). El actual régimen rescisorio que contempla la vigente Ley Concursal obliga a los tribunales a interpretar y aplicar las normas legales que “hagan referencia a los procedimientos concursales derogados por esta Ley poniéndolas en relación con las del concurso regulado en ésta, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad” (Disposición Adicional Primera de la Ley Concursal)⁷⁸.

⁷⁸ En la versión primitiva la DA Tercera de la Ley 1/1999 señalaba en los números 3 y 4:

“3. En caso de quiebra del cedente, no se declarará la nulidad a que se refiere el artículo 878, párrafo 2.o, del Código de Comercio, respecto a las cesiones reguladas en esta disposición, si se cumplen los requisitos establecidos en la misma y consta la certeza de la fecha de la cesión por cualquiera de los medios de prueba a que se refiere el apartado anterior.

4. Los pagos realizados por el deudor cedido al cesionario no estarán sujetos a la revocación prevista en el artículo 878, párrafo 2.o, del Código de Comercio en el caso de quiebra del deudor de los créditos cedidos.

Sin embargo, la sindicatura de la quiebra podrá ejercitar la acción de revocación frente al cedente y/o cesionario cuando pruebe que aquel, o en su caso este último, conocían el estado de insolvencia del deudor cedido en la fecha de pago por el cesionario al cedente. Dicha revocación no afectará al cesionario sino cuando se hubiere pactado así expresamente.”

⁷⁹ La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público fue derogada por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, derogado, a su vez, por la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

⁸⁰ CARRASCO PERERA, A. (2009): Los derechos de garantía en la Ley Concursal, 3.ª edición, Edit. Aranzadi, p. 457.

⁸¹ La SAP Madrid de 30 de junio de 2023, con referencia a la SAP de Barcelona de 2 de mayo de 2006, ha señalado que la acción rescisoria nace con el concurso y se justifica como uno de los efectos de su declaración, de ahí que sólo pueda ejercitarse durante la vigencia del concurso.

⁸² La Ley 16/2022 acoge una definición muy amplia de «planes de reestructuración» incluyendo las medidas de reestructuración que afectan tanto al pasivo como al activo. También permite homologar un plan de reestructuración que prevea la venta de partes o incluso de la totalidad de la empresa, los llamados planes liquidativos, que pueden resultar una opción atractiva, en particular, para las PYME. El ámbito de aplicación objetivo viene determinado por los efectos que se pretendan dar al plan de reestructuración.

⁸³ Tras la reforma operada por la Ley 16/2022 el presupuesto subjetivo del concurso regulado en el libro segundo incluye a cualquier persona natural o jurídica que desarrolle una actividad empresarial o profesional y no esté comprendida dentro del ámbito de aplicación del procedimiento especial regulado en el libro tercero. Y, en relación con el presupuesto objetivo, la insolvencia se ordena en tres estados secuenciales: probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente e insolvencia actual. La probabilidad de insolvencia es un estado previo a la insolvencia inminente y ésta un estado previo a la insolvencia actual. El deudor que tenga probabilidad de insolvencia no puede ser sujeto de un concurso de acreedores, pero puede utilizar los mecanismos que integran el derecho preconcursal. No obstante, no se excluye el recurso al precurso cuando el deudor está en estado de insolvencia inminente o actual. Si la empresa es económicamente viable, la reestructuración puede evitar los riesgos de destrucción de valor asociados al concurso. Esta opción no obsta el derecho de los acreedores a solicitar el concurso del deudor insolvente. De ahí que el único límite temporal a la reestructuración de empresas en situación de insolvencia actual sea el que ya estuviera admitida a trámite una solicitud de concurso necesario.

⁸⁴ GARCÍA-CRUCES, J. (2014): Presupuestos y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores, la noción de “perjuicio”. En *La reintegración en el concurso de acreedores* (García-Cruces González, J.A. dir.), Edit. Aranzadi, p. 49, considera el perjuicio patrimonial como elemento que articula la reintegración concursal. PULIDO BEGINES, J.L./ DEL PUERTO CABRERA, L. (2020): Comentario al art. 226 TRLC. En *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal.: Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo* (dirs. Peinado Gracia, J.I, Sanjuán y Muñoz, E.), Vol II. Edit. Sepin, p. 243 critican las referencias doctrinales y jurisprudenciales “al período sospechoso” de los dos años anteriores a la declaración de concurso, fruto de un anacronismo que obra en la propia EM de la LC,LC. Así, por ejemplo, las SSTs 26 de octubre de 2012 (RJ 2012, 10415); 24 de julio de 2014 (RJ 2014, 4590); o 19 de mayo de 2015, (RJ 2015, 2449) señalan que los pagos, aunque conlleven una disminución del haber del deudor y reduzcan la garantía patrimonial de los acreedores, no pueden considerarse siempre perjudiciales para la masa. Su justificación se determina por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad, de modo que no tiene justificación el abono de un crédito no debido o que no sea exigible. “*Por ello, en principio, un pago debido realizado en el período sospechoso de los dos años previos a la declaración del concurso siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación, y no constituye un perjuicio para la masa activa*”. Y reconocen que, no obstante, en alguna ocasión pueden concurrir circunstancias excepcionales que dejen sin justificación determinados pagos por vulnerar la *par conditio creditorum*.

⁸⁵ Señalan los siguientes artículos del TRLC:

Artículo 227 TRLC (Presunciones absolutas de perjuicio): *El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real.*

Artículo 228 (Presunciones relativas de perjuicio): *Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos:*

1.º *Los actos de disposición a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.*

2.º *Los actos de constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas.*

3.º Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso si contasen con garantía real.

Artículo 229 (Prueba del perjuicio): *Cuando se trate de actos no comprendidos en el artículo anterior, el perjuicio patrimonial para la masa activa deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria.*

⁸⁶ Para LEÓN SANZ, F.J./RECALDE CASTELLS, A. (2005) el *factoring* no puede ser objeto de acciones de reintegración dado que el anticipo del factor equivale al pago en efectivo. Concurso, cit., pp. 95 y 96.

⁸⁷ ARIAS VARONA, F. J. (2007): El contrato, cit. p. 862.

⁸⁸ Señala el art. 239 (Separación de bienes y derechos):

“1. Los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales este no tenga derecho de uso, garantía o retención serán entregados por la administración concursal a sus legítimos titulares, a solicitud de estos.

2. La denegación de la entrega del bien por la administración concursal podrá ser impugnada por el propietario por los trámites del incidente concursal.

3. La sentencia que se dicte en el incidente de separación será directamente apelable. La tramitación y la resolución de este recurso de apelación tendrán carácter preferente.”

⁸⁹ Señala el art. 1597 CC. “Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación”.

⁹⁰ La STS 62/2014 de 25 de febrero de 2014 recuerda que, la jurisprudencia en la actualidad —y también cuando estaba vigente la Ley Concursal anterior a la reforma operada por la Ley 38/2011— entiende que la acción del subcontratista contra el dueño de la obra con base en el artículo 1597 CC cede a favor de la masa activa del concurso del contratista en el supuesto de que no se haya ejercitado antes de la declaración del concurso (SSTS 322/2013, de 21 de mayo y 756/2013, de 11 de diciembre). En el caso enjuiciado la reclamación había sido posterior.

⁹¹ GARCÍA-CRUCES, J. A. (2017): El contrato de “factoring”. En *Contratos mercantiles* (dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, A.), Tomo I, 6.ª edición, Edit. Aranzadi, p. 1309.

⁹² LEÓN SANZ, F. (2004): Artículo 71. Acciones de reintegración. En *Comentario de la Ley Concursal* (dir. Rojo, Á. y Beltrán Sánchez, E.), Vol. 1. Edit. Civitas, p. 1305 y SANCHO GARGALLO, I. (2017): *La rescisión concursal*. Edit. Tirant Lo Blanch, p. 79 entienden que la noción de “acto perjudicial” debe ser entendida en sentido amplio.

⁹³ CIFREDO ORTIZ, P. (2021), que además recuerda que ésta es la modalidad que se usa actualmente, habiendo quedado el *factoring* preliminar en desuso. *El Contrato*, cit. p. 331

⁹⁴ Justifican la validez de la cesión de créditos futuros con apoyo en el art. 1271 CC, PANTALEÓN PRIETO, F. (1988): Cesión de créditos, *Anuario de Derecho Civil*, volumen 41, núm. 4, p. 1094; GARCÍA DE ENTERRÍA, J. (1996): *Contrato de factoring y cesión de créditos*. Edit. Civitas, pp. 76 y ss. y GARCÍA VICENTE J.R. (2004): Artículos 61 a 63., cit. p. 575.

⁹⁵ La legitimación activa para el ejercicio de las acciones rescisorias corresponde a la administración concursal (art. 231 TRLC). Los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal el ejercicio de alguna acción rescisoria, identificando el acto concreto que se trate de rescindir y el fundamento de la rescisión, estarán legitimados para ejercitarla si la administración concursal no lo hiciere dentro de los dos meses siguientes al requerimiento. (art. 232.1 TRLC).

⁹⁶ *Si los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor no pudieran reintegrarse a la masa activa por pertenecer a tercero no demandado o que, conforme a la sentencia, hubiera procedido de buena fe o gozase de irrevindicabilidad o de protección registral, se condenará a*

quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieran cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal. Y, Si la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el deudor, se le condenará, además, a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa (art. 235. 4 y 5 TRLC).

⁹⁷ GARCÍA-CRUCES, J.A., (2017) La reintegración en el concurso. La acción rescisoria concursal. En *Jurisprudencia y concurso* (dir. García Cruces, J.A.). Edit. Tirant Lo Blanch, p. 1187.

⁹⁸ Si la sentencia hubiera apreciado mala fe en el demandado, el crédito a la prestación tendrá la consideración de crédito subordinado (art. 236. 3 TRLC).

⁹⁹ CARRASCO PERERA, A. (2009): Los derechos, cit. Los derechos, cit., p. 458, y GARCÍA VICENTE, J.R. (2014): Concurso del cedente en el contrato de *factoring* y régimen de reintegración concursal: la excepción del artículo 71.5. 1.º de la Ley Concursal. En La reintegración en el concurso de acreedores (dir. García-Cruces, J.A.), 2.ª edición. Edit. Aranzadi, p. 441.

¹⁰⁰ SANCHO GARGALLO, I. (2017): *La rescisión concursal*, cit., p. 226 y CIFREDO ORTIZ, P. (2021): *El contrato*, cit. pp. 340-341.

¹⁰¹ LEÓN SANZ, F./RECALDE CASTELLS, A. (2005): Concurso, cit., p. 95.

¹⁰² CIFREDO ORTIZ, P. (2021): *El contrato*, cit. pp. 340-341.

¹⁰³ LEÓN SANZ, F.J. / RECALDE CASTELLS, A. (2005): Concurso, cit. p. 96. Para estos autores, al igual que ocurre en el concurso del cedente, la norma se justifica por la necesidad de evitar el rigor de la retroacción del régimen concursal derogado, p.100.

¹⁰⁴ ARIAS VARONA, F. J. (2007): *El contrato* cit. p. 873.

¹⁰⁵ LEÓN SANZ, F.J. / RECALDE CASTELLS, A. (2005): Concurso, cit., pp. 104 y ss.

¹⁰⁶ PANTALEÓN PRIETO, F. (1988): *Cesión*, cit., p. 1041

¹⁰⁷ En relación con la tercería de dominio planteada fuera del concurso en un supuesto de *factoring* sin recurso, el Tribunal Supremo ha señalado: “*Asimismo en la cláusula primera y, se ratifica en la condición quinta de las condiciones particulares del contrato, se hizo constar expresamente que se trataba de factoring sin recurso y que el factor asumía el riesgo de insolvencia del deudor en las condiciones que se especifican. En esta modalidad de la relación —factoring propia— a los servicios que la caracterizan prestados por el factor, se incorpora el de garantía, al asumirse el riesgo de insolvencia (sentencias de 2-2-2001 y 28-5-2004). Se está por tanto ante contrato de factoring, en el que la actora pagó las cantidades importantes que justifican la tercería promovida, en concepto de anticipos de los créditos que han sido embargados. La sentencia de 11 de febrero de 2.003 contempla supuesto similar al presente y declara que aun cuando se difiera o se aplaze el vencimiento del crédito, ello no es más que una modalidad que procede al amparo del artículo 1.450 del Código Civil, según el cual la venta se perfecciona con el simple acuerdo sobre la cosa y el precio, aunque no de una ni de otro se hayan entregado y añade que en definitiva, excepto si la cesión de un determinado crédito se realiza a los exclusivos efectos de un cobro —que no es el caso presente—, todas las cesiones de crédito que provienen de un contrato de factoring—ha de ser válidamente celebrado— originan plenos efectos traslativos de la titularidad de los créditos cedidos y ello significa que, cuando el cesionario del crédito interpone tercería de dominio para el levantamiento de los créditos, los incorporó a su patrimonio y con mayor razón si asumió el riesgo de impago. La tercería ha de estimarse, pues la traba se presenta aquí posterior a la cesión de los créditos (STS 3408/2007, de 31 de mayo de 2007).*”

¹⁰⁸ Esta tesis, estando vigente la LC, la defendían LEÓN SANZ, F.J./RECALDE CASTELLS, A. (2005): Concurso, cit., p. 111, siguiendo el planteamiento anterior a la Ley Con-

cursal de VEIGA COPO, A.B. (2003): Prenda de créditos y negocio fiduciario —venta en garantía—, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, N.º 89, pp. 57 y ss., y ARIAS VARONA, F.J. (2007): El contrato, cit., p. 876.

¹⁰⁹ Señala ALONSO LEDESMA, C., que con la referencia a la “prenda de créditos de la masa activa” parece que el legislador quiere hacer hincapié en que se trata de prenda de créditos “actuales”. (2020). Comentario al art. 271. En *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal*: Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo (dirs. Peinado Gracia, J.I, Sanjuán y Muñoz, E.), Vol II. Edit. Sepin, pp. 546-547. Tratándose de prenda de créditos futuros, el n.º 3. del art. 271 exige para ser tratada como crédito especial a que, antes de la declaración de concurso, concurren dos requisitos: 1.º *Que los créditos futuros hubieran nacido de contratos perfeccionados o de relaciones jurídicas constituidas antes de esa declaración. Y, 2.º Que la prenda estuviera constituida en documento público o, en el caso de prenda sin desplazamiento, se hubiera inscrito en el registro público correspondiente.*

¹¹⁰ En este sentido también CIFREDO ORTIZ, P. (2021): El contrato, cit. p. 362.

¹¹¹ GARCÍA VILLAVERDE, R. (2000): Quiebra, cit., pp. 33 y 34.

¹¹² LEÓN SANZ, F./RECALDE CASTELLS, A. (2005): Concurso, cit., p. 114.

¹¹³ RECALDE CASTELLS, A. (2005): La separación concursal de créditos que han sido objeto de cesión en el *factoring*. En *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Vol. 4, Edit. Marcial Pons, pp. 4344 y 4345, y ARIAS VARONA, F.J. (2009): Las distintas, cit., p. 272.

*Trabajo recibido el 28 de noviembre de 2024 y aceptado
para su publicación el 16 de enero de 2025*

ESTUDIO LEGISLATIVO

Eficacia de la reserva de dominio
en caso de exoneración del pasivo
insatisfecho al comprador concursado
en la ley de segunda oportunidad

*The reservation of ownership in the
event of exoneration of the unsatisfied
liability to the bankrupt buyer in the
second chance law*

por

BLAS CAMACHO GONZÁLEZ

Abogado

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO

Registrador de la Propiedad y Mercantil

RESUMEN: La reserva de dominio en los contratos de venta a plazos de bienes muebles constituye una condición suspensiva de la transmisión de la propiedad para el caso de pago del precio aplazado. Este pacto tiene una función de garantía, pero no es un derecho real sobre bien ajeno. El pacto de reserva de dominio, para tener efectos, no necesita estar inscrito en el Registro de Bienes Muebles, pero la inscripción le dota de eficacia “erga omnes”, atribuye al crédito garantizado privilegio especial en caso de concurso del comprador y atribuye al vendedor la acción especial de recuperación, aunque queda suspendida temporalmente en caso de concurso. El pacto de reserva de dominio no confiere al vendedor derecho de separación *ex iure domini* en la masa del concurso. En los concursos exprés sin masa, en los que el deudor queda exonerado del pasivo insatisfecho, la deuda con el vendedor o financiador quedará extinguida, pero el

vendedor tiene derecho a recuperar el bien de manera inmediata. La reserva de dominio, a diferencia de la prenda sin desplazamiento de vehículos, no impide que la deuda pueda ser exonerada del pasivo insatisfecho en los concursos sin masa, según la mayoría de la jurisprudencia recogida en este trabajo. Pero la exoneración del pasivo insatisfecho, debe quedar condicionada a la devolución del bien financiado, en base al principio general de Derecho de buena fe. Al mismo tiempo, en caso de falta de devolución del bien, la entidad vendedora/financiadora debe poder solicitar la revocación de la exoneración de pasivo insatisfecho. El vendedor con reserva de dominio, con la resolución del juzgado de lo mercantil que acredite la exoneración del pasivo insatisfecho, tiene derecho a cancelar en el Registro de Bienes Muebles, y por ende en el Registro de Tráfico, la compraventa inscrita en favor del comprador, si así se ha pactado en el contrato. Para facilitar la cancelación registral de los derechos del comprador en el Registro de Bienes Muebles y en el Registro de Tráfico, convendría pactarlo convencionalmente y prever esta consecuencia en los modelos oficiales de compraventa a plazos, sometiéndolo a aprobación por la DGSJFP del Ministerio de Justicia.

ABSTRACT: The reservation of title in contracts on movable property, constitutes a condition to the transfer of ownership in case of deferred payment of the price. This agreement has a guarantee function, but it is not a real right over another's property. The retention of title agreement, to be effective, does not need to be registered in the Registry of Personal Property, but the registration gives it "erga omnes" effectiveness, attributes to the guaranteed credit a special privilege in the event of bankruptcy of the buyer, and attributes to the seller the special recovery action, although it is temporarily suspended in the event of bankruptcy. The retention of title agreement does not confer on the seller the right of separation ex iure domini in case of bankruptcy. In express bankruptcy proceedings without mass, in which the debtor is exonerated from the unsatisfied liability, the debt with the seller or financier will be extinguished, but the seller has the right to recover the property immediately. The reservation of title, unlike the pledge without movement of vehicles, does not prevent the debt from being exonerated from unsatisfied liabilities in bankruptcy proceedings without mass, according to the majority of the jurisprudence collected in this work. But the exonerated of the unsatisfied liability must be conditional on the return of the financed good, based on the general principle of good faith law. At the same time, in the event of non-return of the property, the selling/financing entity must be able to request the revocation of the exonerated of unsatisfied liabilities. The seller with reservation of ownership, with the resolution of the commercial court that certifies the exonerated of the unsatisfied liability, has the right to cancel in the Registry of Movable Property, and therefore in the Traffic Registry, the sale registered

in favor of the buyer, if this has been agreed in the contract. To facilitate the registration cancellation of the buyer's rights in the Movable Property Registry and in the Traffic Registry, it would be advisable to agree on it conventionally and provide for this consequence in the official models, subjecting it to approval by the DG SJFP of Ministry of Justice.

PALABRAS CLAVE: Reserva de dominio. Registro de Bienes Muebles. Exoneración de pasivo insatisfecho. Ley española de segunda oportunidad.

KEYWORDS: *Rservation of title agreement. Register of movable property. Discharge of unpaid debts. Spanish second chance law.*

SUMARIO: I. LA COMPRAVENTA A PLAZOS DE BIENES MUEBLES. 1.1. CARACTERES DEL CONTRATO. 1.2. REGULACIÓN LEGAL. 1.3. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO EN CASO DE INCUMPLIMIENTO.—II. LA RESERVA DE DOMINIO EN LA COMPRAVENTA A PLAZOS. 2.1. NATURALEZA JURÍDICA: PREVALENCIA DE LA TEORÍA DE LA CONDICIÓN SUSPENSIVA EN FUNCIÓN DE GARANTÍA. 2.2. ACCIONES QUE ATRIBUYE AL VENDEDOR. 2.3. DERECHOS QUE ATRIBUYE AL COMPRADOR Y AL VENDEDOR LA RESERVA DE DOMINIO.—III. DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS AFINES. 3.1. LEASING MOBILIARIO. 3.2. PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO DE POSESIÓN. 3.3. OTRAS GARANTÍAS REALES.—IV. EFECTOS “ERGA OMNES” DE LA RESERVA DE DOMINIO INSCRITA EN EL REGISTRO DE BIENES MUEBLES. 4.1. EL REGISTRO DE BIENES MUEBLES COMO REGISTRO DE TITULARIDADES Y NO SÓLO DE GRAVÁMENES. 4.1.1. Precedentes. 4.1.2. Definición. 4.1.3. Entrada en funcionamiento. 4.1.4. Secciones. 4.1.5. Distinción con los registros administrativos. 4.2. VENTAJAS DERIVADAS DE LA INSCRIPCIÓN DE LA RESERVA DE DOMINIO EN EL REGISTRO DE BIENES MUEBLES.—V. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL PACTO DE RESERVA DE DOMINIO. 5.1. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. 5.2. DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA.—VI. POSICIÓN DEL VENDEDOR CON PACTO DE RESERVA DE DOMINIO EN CASO DE CONCURSO DE COMPRADOR: ¿EXISTE DERECHO DE SEPARACIÓN?—VII. EFECTOS DE LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO EN CASO DE CONCURSO DEL COMPRADOR A PLAZOS. 7.1. EFECTOS EN RELACIÓN CON LA DEUDA DERIVADA DEL CONTRATO DE VENTA A PLAZOS Y A LA RESERVA DE DOMINIO INSCRITA EN FAVOR DEL VENDEDOR. 7.2. EFECTOS DE LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO.—VIII. ACCIONES DEL VENDEDOR EN CASO DE EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO.—IX. LA POSIBLE REGULACIÓN DE ESTA MATERIA EN LOS MODELOS OFICIALES DE VENTA A PLAZOS.—X. CONCLUSIONES.—XI. PRINCIPALES ABREVIATURAS Y SIGLAS.—XII. LEGISLACIÓN.—XIII. RESOLUCIONES.—XIV. BIBLIOGRAFÍA.

1. LA COMPRAVENTA A PLAZOS DE BIENES MUEBLES

El contrato de venta a plazos de bienes muebles es el contrato mediante el cual una de las partes entrega a la otra una cosa mueble corporal no consumible e identificable y ésta se obliga a pagar por ella un precio cierto de forma total o parcialmente aplazada en tiempo superior a tres meses desde la perfección del mismo. Así lo disponen los artículos 1 y 3 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles (en adelante, la “LVPBM”).

La compra puede financiarse mediante un contrato de préstamo, ya sea al vendedor o al comprador, en cuyo caso es el financiador el que se subroga en la reserva de dominio o garantías que se convengan¹.

1.1. CARACTERES DEL CONTRATO

a) Es un contrato sinalagmático o bilateral, de carácter oneroso, en cuanto genera obligaciones para cada una de las partes, recíprocamente condicionadas.

Debido a su carácter sinalagmático el incumplimiento de una de las partes faculta a la otra para exigir su cumplimiento o la resolución del contrato, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. Esta facultad resolutoria, prevista en el artículo 1124 del Código Civil (en adelante, “CC”) se entiende implícita en las obligaciones recíprocas, como ocurre en este contrato, sin necesidad de pacto expreso. Sin embargo, solo por pacto expreso inscrito en el Registro de Bienes Muebles la facultad resolutoria sería eficaz frente a terceros adquirentes del bien, como dispone el artículo 11 de la Ley Hipotecaria (en adelante, “LH”).

b) Conlleva, la prohibición al comprador de enajenar o de realizar cualquier otro acto de disposición en tanto no se haya pagado la totalidad del precio o reembolsado el préstamo, sin la autorización por escrito del vendedor o, en su caso, del financiador.

Es una prohibición legal, contenido obligatorio de todo contrato de venta a plazos (artículo 7.11 LVPBM). En caso de contravención se produce el efecto de la nulidad de pleno de derecho del acto dispositivo realizado en su contravención (artículo 6.3 CC). Pero a diferencia de otras prohibiciones legales, que no necesitan inscripción (artículo 26 LH) la propia LVPBM vincula sus efectos frente a terceros a la inscripción en el Registro de Bienes Muebles (artículo 15 LVPBM)². En esto la prohibición de disponer se aparta de la regla general de que las prohibiciones legales tienen eficacia sin necesidad de inscripción (véase artículo 26 de la ley hipotecaria), pues aun siendo cierto que es una prohibición impuesta en la ley, es la propia ley la que subordina a la inscripción en el Registro de Bienes Muebles su eficacia frente a terceros.

c) Además, en garantía del pago del precio aplazado, pueden las partes pactar cláusula de reserva de dominio en favor del vendedor, así como el derecho de cesión de la misma o cualquier otra garantía de las previstas y reguladas en el ordenamiento jurídico (artículo 7 apartados 10 y 11 de la LVPBM).

Por tanto, no es necesario pactar la facultad de resolver por impago, y la prohibición de disponer por parte del comprador es contenido imperativo del contrato de venta a plazos de bienes muebles; por el contrario, la reserva de dominio tiene carácter facultativo y para existir debe pactarse, de manera pues cabe compraventa a plazos con o sin reserva de dominio.

d) El contrato de venta plazos, al igual que los contratos de financiación que le pueden acompañar, es un contrato mercantil, al ser el vendedor o financiador una entidad financiera. Si el comprador o financiado es un consumidor, el contrato estará sometido a la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo (en adelante “LCCC”), así como al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y a la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación.

e) La LCCC, al igual que la LVPBM, obliga a la formalización por escrito del contrato, por lo que es un contrato formal, no meramente consensual (artículo 16 LCCC).

En el contrato formalizado por escrito debe especificarse, entre otros elementos regulados legalmente, el precio de venta al contado, el importe del desembolso inicial cuando exista, la parte que se aplaza y, en su caso, la parte financiada por un tercero. En los contratos de financiación constará el capital del préstamo.

También deberá fijarse el número y la periodicidad o fechas de los pagos que debe realizar el comprador para el reembolso de los plazos o del crédito y el pago de los intereses, indicando si el tipo de interés es fijo o variable y los demás gastos, indicando la tasa anual equivalente (TAE) definida en la mencionada LCCC.

Los tipos de interés remuneratorios están sometidos a libre negociación, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios.

f) Al igual que lo dispuesto respecto a facultad resolutoria, la prohibición de disponer y, en caso de haberse pactado, la reserva de dominio pactada, sólo serán oponibles frente a terceros a través de la inscripción del contrato de venta a plazos en el Registro de Bienes Muebles (artículo 15.1 de la LVPBM).

Sin inscripción operan las reglas generales que protegen al adquirente de buena fe de bienes muebles (artículo 464 CC).³ Estas reglas no son aplicables si el contrato de venta a plazos y, en su caso, la reserva de dominio está publicada en el Registro de Bienes Muebles, pues en este supuesto el adquirente del vehículo o bien financiado con cláusula de reserva de dominio inscrita no puede alegar

desconocimiento de la falta de titularidad plena del transmitente, en cuyo caso no tendría buena fe.

g) Los contratos de venta a plazos y de financiación son, en efecto, contratos inscribibles en el Registro de Bienes Muebles, siempre que se formalicen en escritura pública o en modelos oficiales aprobados por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe pública del Ministerio de Justicia (en adelante “DGSJFP”, anteriormente denominada Dirección General de los Registros y del Notariado). Aquí, la regla general de titulación pública para la inscripción en el Registro (véase artículo 3 LH) está flexibilizada, permitiendo el acceso registral a través de modelos oficiales, que no dejan de ser documentos privados, si bien de contenido precalificado a través de la aprobación de su contenido y forma por parte del Centro directivo de notarios y registradores.

En efecto, las cláusulas contractuales de los modelos de venta a plazos y de financiación a vendedor o comprador están previamente calificadas por la DGSJFP y, por tanto, gozan de una presunción de legalidad.

Si no son cláusulas aprobadas en modelos oficiales, y además se insertan en escritura pública, tendrá el documento el carácter público y será título ejecutivo (lo que permite al acreedor el embargo de otros bienes del deudor en caso de impago y no sólo dirigirse frente al bien financiado), pero deberán ser objeto de calificación conforme a las reglas generales (artículo 18 LH).

La inscripción en el Registro de bienes muebles atribuye también acciones especiales para la recuperación de los bienes vendidos, conforme al procedimiento previsto en el artículo 16 de la LVPBM.

Además, como veremos más adelante, la inscripción de las reservas de dominio y de otras garantías reales similares a ella —como es la prenda sin desplazamiento de posesión— atribuye a los créditos derivados de la venta a plazos preferencia para el cobro en caso de concurso (artículo 270 Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (en adelante “TRLC”).

1.2. REGULACIÓN LEGAL

La venta a plazos no aparece regulada sistemáticamente en el Código Civil. Es un contrato atípico, regulado en la legislación especial.

Desde la perspectiva civil sustantiva, tan sólo encontramos una regulación sistemática en los artículos 483 a 485 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, aprobada por la Ley 1/1973 de 1 de marzo (en adelante, “Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra”). Aunque aplicable a los contratos sometidos a esta Compilación, tanto respecto de bienes muebles como inmuebles sitos en

Navarra, ayuda a entender la figura lo dispuesto en ella, al definir, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el contrato de la siguiente forma:

“Concepto. Por el pacto de reserva de dominio el vendedor conserva la propiedad de la cosa vendida hasta que el precio sea pagado por completo, y podrá ejercitar las tercerías de dominio y demás acciones en defensa de su derecho. El contrato queda perfeccionado desde su celebración, pero el efecto de transmisión de la cosa quedará diferido hasta el pago total. Mientras tanto, corresponde al comprador la posesión y disfrute de la cosa vendida, con las limitaciones pactadas en su caso, así mismo estarán a su cargo el riesgo y todos los gastos inherentes a aquella; el vendedor, por su parte, queda obligado a no disponer de la cosa.

Inscrita la venta en el Registro de la Propiedad u otro registro, todo acto de disposición de la cosa por parte del vendedor será sin perjuicio del derecho del comprador.

En caso de embargo de bienes o concurso del vendedor; quedará a salvo el derecho del comprador para adquirir la propiedad mediante pago íntegro del precio en los plazos convenidos.

Resolución. La falta de pago por el comprador de cualquiera de los plazos del precio facultará al vendedor para resolver el contrato, pero la resolución sólo tendrá lugar una vez cumplido el término de un mes y un día, o el plazo mayor que se haya pactado, a contar del requerimiento fehaciente que el vendedor hiciera al comprador exigiendo el cumplimiento de la obligación.

En caso de resolución, el vendedor recobrará la libre disposición de la cosa y deberá restituir las cantidades percibidas, con derecho a tener o reclamar la compensación por el uso de la cosa y daños y perjuicios ocasionados conforme a lo pactado o, en defecto de pacto, la correspondiente indemnización.

Cesión. Si no se hubiere pactado otra cosa, la cesión inter vivos que el comprador haga de su derecho no afectará al vendedor si éste no la consintiere.

Ejecución. Los acreedores del comprador no pueden ejercitar por subrogación el derecho de adquirir la cosa, sino que habrán de proceder judicialmente para cobrar sus créditos con cargo a aquel derecho”.

No obstante, en territorio de Derecho común, ante la falta de regulación sistemática en el Código civil, la regulación legal viene dada por (i) la mencionada Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles (LVPBM); (ii) la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo (LCCC); (iii) el Reglamento de Bienes Muebles aprobado por la Disposición adicional única del Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación; y (iv) la Orden del Ministerio de Justicia de 19 de julio de 1999 por la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles (en adelante, la “Ordenanza del Registro”).

Es aplicable igualmente en cuanto a la reserva de dominio (v) el artículo 10 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha con-

tra la morosidad en las operaciones comerciales (en adelante, la “Ley por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales”)⁴.

También le es aplicable lo dispuesto, las disposiciones específicas previstas en relación con estos contratos, en (vi) el Texto Refundido de la Ley Concursal, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo.

1.3. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO EN CASO DE INCUMPLIMIENTO

La facultad resolutoria en caso de impago está aquí implícita, en desarrollo de las reglas generales para todo contrato sinalagmático del artículo 1124 CC.

La facultad resolutoria general, está desarrollada específicamente en materia de compraventa en el artículo 1503 CC, según el cual *“si el vendedor tuviere fundado motivo para temer la pérdida de la cosa inmueble vendida y el precio, podrá promover inmediatamente la resolución de la venta. Si no existiere este motivo, se observará lo dispuesto en el artículo 1124”*.

En relación con los bienes inmuebles la facultad resolutoria automática se matiza, exigiendo intimación previa para el pago (artículo 1504 CC). Sin embargo, no ocurre así en relación con los bienes muebles (artículo 1505 CC), donde la resolución automática es plena. Ya hemos visto, no obstante, como Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra exige también requerimiento previo.

La facultad de resolución automática se consagra en el artículo 1505 CC, respecto de los bienes muebles, al indicar que *“la resolución de la venta tendrá lugar de pleno derecho, en interés del vendedor, cuando el comprador, antes de vencer el término fijado para la entrega de la cosa, no se haya presentado a recibirla, o, presentándose, no haya ofrecido al mismo tiempo el precio, salvo que para el pago de éste se hubiese pactado mayor dilación”*.

En definitiva, el impago permite al vendedor la resolución automática del contrato, salvo que se haya pacto un aplazamiento de pago. Por el contrario, mientras el comprador esté al corriente del pago, cumpliendo los vencimientos pactados, no cabe resolución en interés del vendedor.

2. LA RESERVA DE DOMINIO EN LA COMPRAVENTA A PLAZOS

2.1. NATURALEZA JURÍDICA: PREVALENCIA DE LA TEORÍA DE LA CONDICIÓN SUSPENSIVA EN FUNCIÓN DE GARANTÍA

El artículo 10 de la Ley por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, define el pacto de reserva de dominio como aquel pacto entre vendedor y comprador por el que el primero *“conservará la propiedad de los bienes vendidos hasta el pago total del precio”*.

Ya hemos visto como la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra define la reserva de dominio como el pacto por el vendedor “*conserva la propiedad de la cosa vendida hasta que el precio sea pagado por completo, y podrá ejercitar las tercerías de dominio y demás acciones en defensa de su derecho*”.

Muy distintas teorías doctrinales se han desarrollado en orden a la naturaleza de la reserva de dominio en las ventas a plazos⁵. Algunos autores han dicho que es una condición resolutoria (DIEZ PICAZO⁶, MONTES PENADÉS⁷, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS⁸) mientras que otros la han considerado una prenda de derechos (BERCOVITZ⁹).

CARRASCO PEREDA sostiene su validez considerando no aplicable a la reserva de dominio la doctrina de la prohibición del pacto comisorio, citando en su apoyo la STS 23 de octubre de 2012 que admitió la validez del pacto de reserva de los derechos políticos de las acciones (en particular del derecho de voto) como garantía del pago del precio aplazado.¹⁰

ESPEJO LERDO DE TEJADA considera que la reserva de dominio establece una condición que afecta no sólo a las relaciones obligatorias, sino también a los efectos reales que la entrega desencadena, lo que permite la coexistencia sobre el objeto de dos titularidades dominicales simultáneas, compatibles y recíprocamente condicionadas en su contenido: la del vendedor y la del comprador.¹¹

La teoría que la jurisprudencia ha acogido es la de la condición suspensiva en función de garantía.

La Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, “STS”) 1989/3778 de 19 de mayo de 1989, afirma que “*el pacto de reserva de dominio, reconocido en cuanto a su validez por la doctrina uniforme de esta Sala (...) y por virtud del cual, en el contrato de compraventa, el vendedor no transmite al comprador el dominio de la cosa vendida hasta que éste le pague por completo el precio convenido, viene a constituir simplemente, como cualquiera otra de las varias que pueden utilizarse con ese fin, una garantía del cobro del precio aplazado, cuyo completo pago actúa a modo de condición suspensiva de la adquisición por el comprador del pleno dominio de la cosa comprada. Durante el período de la pendencia de la expresada condición (“pendente conditione”), determinado dicho período por los sucesivos vencimientos de los plazos estipulados, se produce esta doble situación jurídica: por una parte, y desde el lado del comprador, éste, si bien adquiere normalmente, con la posesión de la cosa, el goce de ella, carece en absoluto de poder de disposición o facultad transmisiva (voluntaria o forzosa) de la misma a un tercero, por lo que si, antes de haber completado el pago, dispone voluntariamente de ella o se ve forzado a tal transmisión (a virtud del procedimiento de apremio promovido contra él por sus propios acreedores), el vendedor, con base en el citado pacto de reserva de dominio, podrá ejercitar las acciones procedentes (reivindicatoria o tercería de dominio, según los casos) para obtener la recuperación de dicha cosa,*

siempre que el principio protector de la fe pública registral — artículo 34 de la Ley Hipotecaria— no se oponga a ello”.

Tiene también establecido el Tribunal Supremo, en virtud de su Sentencia 2003/6498, de 4 de octubre, que *“viene a constituir una garantía del cobro del precio aplazado, cuyo completo pago actúa a modo de condición suspensiva de la adquisición por el comprador del pleno dominio de la cosa comprada”.*

2.2. ACCIONES QUE ATRIBUYE AL VENDEDOR

La compraventa a plazos atribuye por sí sola acción para exigir el cumplimiento de la obligación o en su defecto resolución por incumplimiento, conforme a las reglas generales de los artículos 1124 y 1505 CC que permiten reclamar el cumplimiento del contrato o su resolución, con abono de daños e intereses en ambos casos.

Tiene un procedimiento especial de recuperación regulado en el citado artículo 16 de la LVPBM, si el contrato está inscrito en el Registro de Bienes Muebles.

Además, como se ha dicho, si tiene pactada la reserva de dominio y está inscrita en el Registro de Bienes Muebles, podrá ejercitarse *“erga omnes”* la tercería de dominio en caso de embargo del bien por deudas de comprador. Si no está inscrita, también podrá ejercerse las acciones de resolución, que no serán eficaces frente a tercero de buena fe; y en ningún caso podrá ejercerse el procedimiento especial del citado artículo 16.

La LVPBM, consideraba (aún lo sigue diciendo formalmente pues no ha sido expresamente derogado este artículo) que el vendedor tiene derecho de separación en caso de concurso, cuando en su artículo 16.5 dispone:

“El acreedor, para el cobro de los créditos nacidos de los contratos otorgados en escritura pública o en póliza intervenida por Corredor de Comercio colegiado, así como de aquellos contratos formalizados en el modelo oficial establecido al efecto e inscritos en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, gozará de la preferencia y prelación establecidos en los artículos 1.922.2. o y 1.926.1. CC.

Cuando los contratos reúnan estos mismos requisitos formales, y se hubiera inscrito la reserva de dominio pactada, en los supuestos de quiebra o concurso de acreedores no se incluirán en la masa los bienes comprados a plazos mientras no esté satisfecho el crédito garantizado, sin perjuicio de llevar a aquélla el sobrante del precio obtenido en la subasta. En los supuestos de suspensión de pagos el acreedor tendrá la condición de singularmente privilegiado, con derecho de abstención según los artículos 15 y 22 de la Ley de Suspensión de Pagos”.

Sin embargo, el TRLC —ya desde la ley de 2003— no recogió esta lógica consecuencia de la naturaleza jurídica de la reserva de dominio, de manera que

sólo se reconoció este derecho de separación respecto de bienes ajenos en los que el comprador no tenga el derecho de uso, lo que ha llevado a la jurisprudencia a no reconocer este derecho de separación de la masa del concurso, a pesar de la vigencia formal de lo dispuesto en el artículo 16.5 que como ley especial debería ser de aplicación preferente. De ahí que doctrinal y jurisprudencialmente se considera este artículo derogado tácitamente por el TRLC.

De lo que no se duda, ni doctrinal ni jurisprudencialmente, es que el vendedor que tiene a su favor el pacto de reserva de dominio puede ejercitar extracursumalmente la tercería de dominio frente a embargos del bien por deudas del comprador.

2.3. DERECHOS QUE ATRIBUYE AL COMPRADOR Y AL VENDEDOR LA RESERVA DE DOMINIO

El reconocimiento de la tercería de dominio en favor del vendedor, parte del contrato de venta a plazos de bienes muebles en el que se ha pactado la reserva de dominio, supone el reconocimiento de que la propiedad formal del bien mueble vendido es de aquél, de manera que el comprador sólo adquiere: (i) la posesión, (ii) los riesgos de la cosa comprada, (iii) el derecho de utilización del bien mientras esté al corriente del pago, y también se le reconoce (iv) la acción de tercería de mejor derecho frente a posibles embargos del bien por deudas del vendedor.

3. DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS AFINES

3.1. LEASING MOBILIARIO

La figura del leasing mobiliario tiene muchas afinidades con la venta a plazos, hasta el punto de que algún sector doctrinal (AMORÓS GUARDIOLA)¹² los equipara. Sin embargo, la existencia de convenios internacionales en relación con esta figura¹³, han hecho que nadie dude que el arrendador financiero tiene la verdadera y plena propiedad del bien. Incluso en materia de concurso, hay jurisprudencia que reconoce el derecho de separación siempre que no se trata de un bien afecto a la actividad empresarial o profesional del deudor, mientras que, en materia de venta a plazos con reserva de dominio, es reacia a su proclamación.

En el arrendamiento financiero con opción de compra, el arrendador es el verdadero propietario, mientras que el arrendatario tiene la posibilidad de adquirir el bien al finalizar el contrato, ejerciendo la opción; entretanto paga un canon, comprensivo de la amortización del principal de la financiación y sus intereses, y la utilización del bien.

En la venta a plazos con pacto de reserva de dominio, la posición del vendedor es más débil, ya que se entiende que la compraventa genera mayores derechos para el comprador que está al corriente en el pago, que sería el propietario material del bien: es quien asume los riesgos y el pago de los impuestos, tiene derecho al uso, cabe tercería de mejor derecho frente a deudas del vendedor, y habría derecho de separación en favor del comprador en caso de concurso por deudas del vendedor.

3.2. PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO DE POSESIÓN

Aunque a veces se ha defendido la venta a plazos como un caso de prenda (BERCOVITZ), las diferencias son notables. La principal de ellas es que, en la prenda, sea ordinaria o sin desplazamiento de posesión, estamos ante una garantía real sobre bienes ajenos. En la reserva de dominio, sin embargo, el bien no pertenece al comprador. No estamos ante un “*iura in re aliena*”.

En la prenda ordinaria se priva al deudor de la posesión de la cosa gravada, que pasa a poder del acreedor o de un tercero. Por lo que la diferencia es esencial. Pero tampoco es una prenda sin desplazamiento de posesión, regulada en la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión (en adelante “LHMPS”), porque la propiedad formal del bien, a través de la reserva de dominio, es del vendedor o financiador.

La prenda atribuye al acreedor el poder jurídico de realizar el valor de la cosa pignorada; esto es, le faculta para instar la venta para cobrar el importe del crédito con el producto obtenido. La garantía se desenvuelve en dos fases: antes de la venta de la cosa, el valor determinado del crédito está asegurado con el valor, generalmente indeterminado y superior, de la cosa gravada; después de la enajenación de ésta, la adecuación entre ambos valores se logra con exactitud a base de sustraer de la cantidad líquida de dinero obtenido, la que precisamente corresponda a la suma debida. A tal efecto, pertenece también al contenido del derecho de prenda el privilegio o preferencia sobre el producto de la venta.

En el derecho real de prenda puede, además, conferirse al acreedor otro derecho, pues, a falta de pacto que lo excluya, si la cosa dada en prenda produce frutos o intereses, el acreedor compensará los que perciba con los que le deben, y si no se le deben o en cuanto excedan de los legítimamente debidos, los imputará al capital.

Así, la prenda no se ha podido utilizar como negocio que sirva para financiar la adquisición precisamente de la cosa dada en prenda, aunque si se ha utilizado históricamente para obtener fondos (con la garantía prendaria) y conseguir la financiación necesaria para la adquisición de otros bienes muebles.

En la prenda rige la prohibición de pacto comisorio —esto es, que el acreedor se quede con las cosas dadas en garantía (artículo 1859 CC)—lo que obliga

siempre al acreedor a instar la venta de las mismas para con su producto satisfacer él la deuda y dejando el sobrante, si existe, en poder del deudor. Esta realización forzosa del bien dado en garantía, cuanto más rápida y expedita sea, menos merma producirá en el valor del bien, lo que redundará tanto en beneficio del acreedor (que obtendrá mayor satisfacción de su crédito) como del deudor (que obtendrá mayor sobrante).

A diferencia de ello en la reserva de dominio, aunque tiene también una finalidad de garantía en la financiación mobiliaria por definición, al no ser una garantía real sobre bienes ajenos no está sometido a la prohibición de pacto comisorio. Al contrario, supone el reconocimiento legal de dicho pacto comisorio en el ámbito de la compraventa a plazos de bienes muebles pues permite conservar la titularidad formal del bien hasta el completo pago del precio aplazado.

La prenda, como derecho real, ha jugado un papel muy positivo en el desinvolvemento de la financiación mobiliaria el procedimiento de realización extrajudicial ante Notario de la prenda, contenido en el artículo 1872 CC. Y en particular la prenda sin desplazamiento de posesión goza, al igual que la hipoteca mobiliaria, un procedimiento especial de ejecución regulado en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, “LEC”).

Especial impulso ha dado la DGSJFP —anterior DGRN— a la figura de la prenda sin desplazamiento de posesión, al aprobar modelos de prenda sobre “stocks” de vehículos, que permite dar en garantía prendaria el valor de los vehículos depositados en los concesionarios, antes de su matriculación.

3.3. OTRAS GARANTÍAS REALES

Tampoco puede confundirse la reserva de dominio con la hipoteca mobiliaria sobre bienes identificables y otras figuras de derechos reales sobre bienes ajenos, porque la reserva de dominio parte de la base de que la propiedad plena no se ha transferido al comprador-deudor.

Las diferencias de la reserva de dominio con la hipoteca mobiliaria y con la prenda se manifiesta también se manifiesta en la distinta regulación de las acciones en la LEC y en el distinto tratamiento en caso de concurso que da el TRLC.

4. EFECTOS “ERGA OMNES” DE LA RESERVA DE DOMINIO INSCRITA EN EL REGISTRO DE BIENES MUEBLES

La reserva de dominio como garantía del precio aplazado es eficaz entre partes sin necesidad de inscripción en el Registro de Bienes Muebles, pero sin ella carece de eficacia frente a terceros. Lo mismo ocurre en relación a la prohibición

de disponer, pues aunque sea un efecto legal del contrato de venta a plazos, no tiene efecto frente a tercero sin inscripción.

En esto la prohibición de disponer se aparta de la regla general de que las prohibiciones legales tienen eficacia sin necesidad de inscripción (véase artículo 26 de la ley hipotecaria), pues aun siendo cierto que es una prohibición impuesta en la ley, es la propia ley la que subordina a la inscripción en el Registro de Bienes Muebles su eficacia frente a terceros.

De ahí que convenga para analizar la figura de la reserva de dominio y su eficacia en el concurso, y en la exoneración del pasivo insatisfecho, hacer un recordatorio de la institución jurídica del Registro de Bienes Muebles.

4.1. EL REGISTRO DE BIENES MUEBLES COMO REGISTRO DE TITULARIDADES Y NO SÓLO DE GRAVÁMENES

El artículo 15 de la LVPBM regula —bajo la antigua dicción de Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles— el actualmente denominado Registro de Bienes Muebles, a cuyo tenor:

“1. Para que sean oponibles frente a terceros las reservas de dominio o las prohibiciones de disponer que se inserten en los contratos sujetos a la presente Ley, será necesaria su inscripción en el Registro a que se refiere el párrafo siguiente. La inscripción se practicará sin necesidad de que conste en los contratos nota administrativa sobre su situación fiscal.

El Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles se llevará por los Registradores de la Propiedad y Mercantiles y se sujetará a las normas que dicte el Ministerio de Justicia.

2. A todos los efectos legales se presumirá que los derechos inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo.

Igualmente se presumirá, salvo prueba en contrario, que los contratos inscritos son válidos.

Como consecuencia de lo dispuesto anteriormente, no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de bienes muebles o de derechos inscritos a nombre de persona o entidad determinada sin que, previamente, o al a vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente. Si la demanda contradictoria del dominio inscrito va dirigida contra el titular registral, se entenderá implícita la demanda aludida en el inciso anterior.

3. En caso de embargo preventivo o ejecución forzosa respecto de bienes muebles se sobreseerá todo procedimiento de apremio respecto de dichos bienes o sus productos o rentas tan pronto como conste en autos, por certificación del

registrador, que sobre los bienes en cuestión constan inscritos derechos en favor de persona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo o se sigue el procedimiento, a no ser que se hubiese dirigido contra ella la acción en concepto de heredera de quien aparezca como dueño en el Registro. Al acreedor ejecutante le quedará reservada su acción para perseguir en el mismo juicio otros bienes del deudor y para ventilar en el juicio correspondiente el derecho que creyere asistirle en cuanto a los bienes respecto de los cuales se suspenda el procedimiento.

El que remate bienes sujetos a prohibición de disponer inscrita en el Registro en los términos de esta Ley los adquirirá con subsistencia de la obligación de pago garantizada con dicha prohibición, de la que responderá solidariamente con el primitivo deudor hasta su vencimiento”.

4.1.1. Precedentes

Siguiendo a GARCÍA SOLÉ y GÓMEZ GÁLLIGO¹⁴ el origen del Registro radica en la base décima de la Ley 2/1962, de 14 de abril, sobre bases de Ordenación del Crédito y la Banca, que estableció la creación de entidades específicas para “*la financiación de operaciones de venta a plazos de bienes de equipo industriales y agrícolas y de consumo duradero*”, lo que dio lugar a la promulgación del Decreto-ley 57/1962, de 27 de diciembre, sobre creación de Entidades de Financiación de Venta a Plazos.

Unos años después se publica la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre Venta de Bienes Muebles a Plazos, que establecía las bases jurídicas del desarrollo de esta actividad desde un punto de vista sustantivo, creando además el primer Registro jurídico realmente eficaz relativo a los bienes muebles (ya que el de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento ha estado casi en desuso desde su inicio). Esta norma ha sido la que con algunas modificaciones se mantuvo en vigor durante casi medio siglo hasta la publicación de la nueva LVPBM.

El Registro de Bienes Muebles tiene hoy en día su apoyo legal en tres leyes:

- a) La Disposición Final Segunda de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de Reforma Parcial y Adaptación de la Legislación Mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de Sociedades, autorizó al Gobierno para la regulación del Registro de Bienes Muebles, en el cual se unificarían los actuales Registros de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento y los de Buques y Aeronaves.
- b) La Disposición Adicional Única de la Ley 6/1990, de 2 de julio, sobre modificación de la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre Venta de Bienes Muebles a Plazos, estableció que también el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles se integraría en el Registro de Bienes Muebles.

- c) La Disposición Adicional Tercera de la LVPBM establece que el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles se integrará en el Registro de Bienes Muebles, a cargo de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, conforme disponga su Reglamento.

La LVPBM, en su artículo 15 introduce principios propios de los Registros Inmobiliarios en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles (hoy ya Registro de Bienes Muebles), como es la presunción de que lo inscrito es válido (principio de legitimación registral) como base de los procedimientos sumarios de protección de los derechos inscritos.

Todas estas normas han creado efectivamente el Registro de Bienes Muebles, donde se incluye el de Condiciones Generales de la Contratación, por el Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

La LVPBM y el Real Decreto 1828/1999 de 3 de diciembre de 1999 configuran el Registro de Bienes Muebles como un verdadero Registro de la Propiedad mobiliaria, donde serán objeto de inscripción no sólo las garantías en favor del vendedor o financiador, sino también las titularidades sobre los bienes financiados o dados en arrendamiento, de tal forma que a todos los efectos legales se presumirá que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo.

4.1.2. Definición

El Registro de Bienes Muebles es un Registro jurídico llevado por los Registradores de la Propiedad y Mercantiles bajo la dependencia del Ministerio de Justicia, que tiene por objeto la publicidad de los derechos reales derivados de actos y contratos relativos a bienes muebles.

Por bien mueble se entiende todo aquello que se puede transportar sin deterioro del bien inmueble en el que se encuentra ubicado (artículo 335 CC), siempre que sea susceptible de identificación. Entre ellos están los vehículos (automóviles, camiones, etc.), las aeronaves, los buques, la maquinaria, los cuadros, los derechos de propiedad intelectual e industrial (que se inscribirán en el Registro administrativo correspondiente, previamente a la constitución de la garantía real que proceda), etc.

Entre los contratos inscribibles figuran:

- a) Los contratos de venta a plazos con o sin pacto de reserva de dominio.
- b) Los arrendamientos financieros (*leasing*) sobre bienes muebles.

- c) Otros contratos de arrendamientos (*renting, lease back*, arrendamientos ordinarios).
- d) Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento.
- e) Hipoteca naval.
- f) Anotaciones de embargo, de demanda, de secuestro, de prohibición de disponer, y demás anotaciones preventivas sobre bienes muebles.
- g) Compraventas ordinarias de bienes muebles, con o sin precio aplazado.
- h) Cualesquiera contratos onerosos o gratuitos, *inter vivos* o *mortis causa*, sobre tales bienes.

4.1.3. Entrada en funcionamiento

El Real Decreto 1828/1999 de 3 de diciembre de 1999, por el que se aprobó el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación, y cuya Disposición Adicional Única determinó la puesta en funcionamiento del Registro de Bienes Muebles, del cual aquél es una Sección, y dispuso que ésta tendría lugar a los dos meses de su publicación en el *BOE*, que tuvo lugar el 23 de diciembre de 1999. Su entrada en vigor se produjo el 23 de febrero de 2000.

4.1.4. Secciones

El Registro de Bienes Muebles está integrado por las siguientes secciones, clasificadas por razón del objeto:

1. Sección de Buques y Aeronaves.
2. Sección de Automóviles y otros Vehículos de Motor.
3. Sección de Maquinaria industrial, establecimientos mercantiles y bienes de equipo.
4. Sección de garantías reales.
5. Sección de otros bienes muebles registrables.
6. Sección del Registro de Condiciones Generales.
7. Sección de obras y grabaciones audiovisuales.¹⁵

El Registro de Bienes Muebles es, por tanto, un Registro de titularidades y gravámenes sobre bienes muebles, así como de condiciones generales de la contratación.

Dentro de cada una de las secciones que lo integran se aplicará la normativa específica reguladora de los actos o derechos inscribibles que afecten a los bienes o la correspondiente a las condiciones generales de la contratación. Tratándose de venta a plazos o arrendamiento financiero de bienes muebles, la legislación aplicable será la LVPBM y la Ordenanza del Registro, antes citadas.

4.1.5. *Distinción con los registros administrativos*

No cabe confundir el Registro de Bienes Muebles con los Registros administrativos, en particular con el Registro de Vehículos o Registro de Tráfico regulado por el Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Vehículos de Motor (*BOE* de 26 de enero de 1999).

El Registro de Vehículos tiene como finalidad el control administrativo de la titularidad de los vehículos. Esto es, la identificación del titular del vehículo, de sus características técnicas, su aptitud para circular, inspecciones realizadas, seguro obligatorio y cumplimiento de las demás obligaciones legales impuestas sobre los mismos (artículo 2 del de 2822/1998, de 23 de diciembre), en tanto que el Registro de Bienes Muebles, en el que se ha integrado el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles (Disposición Adicional Única del Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales) se configura como un Registro de Titularidades y de gravámenes.

El Registro de Bienes Muebles es el competente para inscribir los contratos de ventas a plazos, arrendamientos ordinarios o especiales (*leasing, renting, lease back, etc.*) y demás determinantes de la titularidad jurídica sobre vehículos. Tal inscripción será obligatoria cuando así lo disponga la Ley; en los demás casos, la inscripción será facultativa. Asimismo, en él se anotan los embargos, demandas, prohibiciones de disponer o gravar, y demás medidas cautelares ordenadas por autoridad judicial o administrativa sobre los citados bienes con trascendencia frente a terceros, así como las hipotecas mobiliarias. El Registro de Bienes Muebles es también el competente para dar publicidad de la titularidad jurídica, reservas de dominio y gravámenes o limitaciones de disposición impuestos sobre los bienes.

Por el contrario, el Registro de Vehículos dependiente de la Dirección General de Tráfico es el competente para hacer constar las transferencias de los vehículos a efectos de su control por la Administración Pública.¹⁶

De la misma forma, cuando se ordenen judicial o administrativamente la anotación preventiva de embargo, de demanda o de prohibición de disponer, adjudicaciones forzosas o cualesquiera otras que deban tomarse en el Registro de Bienes Muebles, la Autoridad que las acuerde remitirá telemáticamente, por conexión en línea, el correspondiente mandamiento.

4.2. VENTAJAS DERIVADAS DE LA INSCRIPCIÓN DE LA RESERVA DE DOMINIO EN EL REGISTRO DE BIENES MUEBLES

Ya se ha ido estudiando a lo largo del trabajo que la reserva de dominio que puede pactarse en las compraventas a plazos, permite al vendedor, esté o no inscrito el pacto en el Registro de Bienes Muebles, la recuperación del bien a

través de la resolución del contrato por incumplimiento, conservando entretanto la propiedad formal del bien. Por tanto, el pacto actúa a modo de condición suspensiva en función de garantía en favor del vendedor, como verdadero pacto comisorio, verdadera excepción a la prohibición de pacto comisorio contenida en el artículo 1859 CC.

La inscripción en el Registro de Bienes Muebles, que ya se ha visto es un registro de titularidades y no de meras garantías reales, lo que permite es la oponibilidad del pacto de reserva de dominio frente a terceros, *erga omnes*.

Otras ventajas son la posibilidad de acudir a un procedimiento específico de recuperación del bien financiado, regulado en el artículo 16 de la LVPBM.

Finalmente, en caso de concurso, el artículo 270 TRLC atribuye al pacto de reserva de dominio inscrito la virtualidad de atribuir al crédito garantizado el carácter de singularmente privilegiado.

En efecto, como veremos más ampliamente después, la legislación concursal, aunque equipara la reserva de dominio a las garantías reales en cuanto a la suspensión temporal de su ejercicio y en cuanto a la atribución de privilegio al crédito garantizado en caso de concurso, no permite excepcionar la exoneración del pasivo insatisfecho a los créditos con ella garantizados.

5. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL PACTO DE RESERVA DE DOMINIO

5.1. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

En primer lugar, como hemos adelantado, la doctrina jurisprudencial consolidada de la Sala Primera ha considerado que el pacto de reserva de dominio constituye una garantía del cobro del precio aplazado y tiene naturaleza jurídica de condición suspensiva de la adquisición del pleno dominio del bien (STS 1989/3778, de 19 de mayo de 1989 y STS 2003/6498, de 4 de octubre, anteriormente citadas).

Por tanto, la Jurisprudencia ha configurado la compraventa con pacto de reserva de dominio como una venta sujeta a la condición suspensiva de que el comprador pague la totalidad del precio, produciéndose *ipso iure* la transferencia de dominio a su favor (SST de 1 de diciembre de 1987, [RJ 1987/9172], y STS 924/2003, de 14 de octubre, [RJ 2003/6498]).

Su funcionamiento del pacto nos lo explica la STS de 12 de marzo de 1993: “(...) *todo ello quiere decir que el adquirente bajo condición suspensiva, titular de un derecho expectante, puede, antes del cumplimiento de la condición, ejercitar las acciones procedentes para conservar su derecho (art. 1121) y una vez cumplida la condición, los efectos de la obligación condicional se retrotraen al*

día de su constitución (art. 1120), pues desde la perfección son queridos y el cumplimiento de la condición confirma el derecho que existía en estado latente o expectante desde la celebración del contrato”¹⁷

Se reconoce así una doble posición jurídica, en la que tanto vendedor como comprador carecen de poder de disposición, reconociendo a ambos la posibilidad de ejercer tercería en defensa de su derecho: al comprador que está al corriente de pago se le reconoce tercería de mejor derecho en caso de embargo del bien por deudas del vendedor; al vendedor se le reconoce tercería de dominio en caso de embargo del bien por deudas del comprador.

La STS 321/2007, 16 de Marzo de 2007, en la misma línea dispone en su Fundamento de Derecho Primero *“La sentencia de primera instancia estimó la demanda, que fue revocada por la Audiencia Provincial de Segovia, que rechazó la alegación de la sociedad demandada del principio de relatividad del contrato que proclama el artículo 1257 del Código civil y apreció el pacto de reserva de dominio en el sentido de que, al no haberse abonado el precio íntegramente, la propiedad era de CONSTRUCCIONES PEACHE, S.A. y aquellos demandados embargados no tenían la propiedad de las plazas de garaje.*

El fundamento tercero de la Sentencia establece, en relación con el segundo motivo de casación, que *“no sólo es admisible, sino que debe ser estimado. Denuncia infracción de la jurisprudencia, que es muy abundante, sobre el pacto de reserva de dominio. La sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia mantiene que, según doctrina y jurisprudencia, el pacto de reserva de dominio tiene naturaleza jurídica de condición suspensiva, es decir; que cuando se pague el precio por entero se transmite automáticamente el derecho de propiedad al adquirente, no antes; antes no es propietario: así, sentencia de 10 de febrero de 1998 con cita de sentencias anteriores. (...) Pero olvida que el matrimonio demandado en este proceso de menor cuantía había adquirido y tomado posesión de las tres plazas de garaje y tenía pagado parte del precio, sin que la cuantía la haya acreditado la demandada, CONSTRUCCIONES PEACHE, S.A., vendedora de las mismas. Y teniendo en cuenta que el artículo 1112 del Código civil permite transmitir los derechos adquiridos en virtud de una obligación, sin prohibirlo en caso de que ésta sea condicional y que el artículo 1121 le permite, *conditio pendet*, ejercitar acciones para la conservación de su derecho y que la sociedad demandante es causahabiente directo de los titulares del derecho de propiedad, aún bajo condición suspensiva, de las tres plazas de garaje, la jurisprudencia no puede aceptar el expolio que significaría el desposeerle —a él o a su causahabiente— del derecho adquirido en virtud de aquel contrato de compraventa con el pacto reserva de dominio. Así, la sentencia de 19 de mayo de 1989 estimó la tercería de dominio que habían interpuesto los compradores de pisos con reserva de dominio en favor del vendedor ante los embargos de los mismos, por acreedores de éste; las sentencias*

posteriores de 12 de marzo de 1993 y 16 de julio de 1993 reiteran esta doctrina: mientras el comprador cumpla en todo o en parte, el vendedor carece de poder de disposición sobre el objeto, que no puede ser embargado en procedimiento de apremio a no ser que éste se limite a los derechos que pudieran tener el sujeto sobre el mismo. Esta última es especialmente elocuente y aplicable al presente caso, al expresar: “La doctrina jurisprudencial decretó la plena validez de los pactos con reserva de dominio (sentencias de 11-7-1983 y 16-2-1984), no obstante la carencia de regulación legal, salvo las referencias que contiene la Ley de 17 de julio de 1965 (Venta a Plazos de Bienes Muebles, arts. 6-12.º y 23), con lo que hay que entender que si bien el vendedor transmite al comprador el dominio de la cosa vendida, esto no lo es de forma definitiva hasta que se pague por completo el precio pactado, actuando como garantía de cobro del mismo que se aplaza, lo que determina que verificado el completo pago se produce “ipso iure”, sin necesidad de ulteriores consentimientos, la transferencia dominical, por lo que no resulta afectada la perfección del contrato, que tiene lugar plena y vinculante” Es el caso concreto que se puede aplicar al presente, el párrafo siguiente: Estas situaciones producen, asimismo, para el vendedor, estando pendiente el pacto de reserva de dominio (sentencia de 19 de mayo de 1989 y 12 de marzo de 1993) y mientras el comprador cumpla normalmente su obligación de pago, conforme sucedió en la controversia, que carezca de poder de disposición respecto al bien que vendió, así como, y por ello, de facultades de transmisión del mismo a terceros, tanto en forma voluntaria como forzosa —y los embargos son un anticipo de esta última modalidad—; por lo que a la compradora le asiste, “pendente conditione”, el indudable derecho del ejercicio de la tercería de dominio sobre la vivienda adquirida y trabada en embargo por deudas propias de quien se la vendió, a las que es totalmente ajena. Así lo exige la conservación necesaria de sus legítimos derechos, la equidad (artículo 3-2.º del C. Civil), los principios generales de la contratación (“pacta sunt servanda”), la norma imperativa de que el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de los contratantes (artículo 1256 del Código Civil) y menos procede dejar sin defensa, como plenamente vencidas, en situaciones como la del pleito, a aquellas personas que no las provocaron y son totalmente extrañas a las deudas determinantes de los embargos practicados. En consecuencia, estimando este motivo segundo del recurso de casación, asumiendo la instancia y reiterando la doctrina jurisprudencial plasmada en las mencionadas sentencias, se declara que el pacto de reserva de dominio no concede al vendedor el poder de disposición voluntaria o forzosa sobre la cosa vendida con dicho pacto, ni impide al comprador transmitir voluntaria o forzosamente (por embargo y vía de apremio) su derecho a un tercero, que es la sociedad demandante en el presente caso”.

Siguiendo esta línea jurisprudencial, sentencias de distintos juzgados, incluyendo las más recientes, han extendido la exoneración del pasivo insatisfecho a

los créditos con reserva de dominio. Así, la Sentencia 63/2024 de 28 de mayo, del Juzgado de lo Mercantil Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Donostia-San Sebastián, dictada en el Procedimiento 372/2023, versa sobre la concesión a los deudores de la exoneración del pasivo insatisfecho y los requisitos que deben cumplir los concursados para dicha concesión solicitada, resolviendo las dudas sobre la inclusión de los créditos con reserva de dominio en la categoría de los no exonerables del art. 489.1.8.º TRLC (deudas con garantía real), al optar por el criterio que deniega a la reserva de dominio la condición de derecho real, por lo que el crédito con reserva de dominio no tiene el carácter de no exonerable, procediendo su exoneración.

Dispone el fundamento de derecho cuarto de dicha sentencia, en relación con la extensión de la exoneración del pasivo insatisfecho, lo siguiente: *“No reconociendo la naturaleza de derecho real a la reserva de dominio, la interpretación del artículo 489.1.8.º TRLC, en consonancia con la Directiva 2019/1023 (LA LEY 11089/2019), debe ser necesariamente restrictiva, no pudiendo extenderla a supuestos no expresamente mencionados en este artículo. Por lo que, no incluyéndose la reserva de dominio en dicho listado, no tiene el carácter de no exonerable, procediendo su exoneración. Sin perjuicio de reconocer al titular del crédito con reserva los derechos que sobre el vehículo pudieran derivarse del contrato y de la reserva de dominio inscrita en el Registro de Bienes Muebles, que podrá ejercitar, si lo estima oportuno, al margen del concurso. En los mismos términos AJM Murcia n.º 2 de 22 de marzo de 2023. Esta exoneración procede, incluso pese a que no hubiera sido solicitado por el deudor, el referido crédito en su solicitud de créditos respecto de los que pide exoneración. Si bien, no se discute la conceptualización de la exoneración como un derecho del deudor de buena fe, la disponibilidad del mismo, no es arbitraria por el deudor. La renuncia parcial a la exoneración de deudas, parece contraria a la propia institución y al principio de igualdad de trato de los créditos en el concurso. Además de contrariar la redacción imperativa del artículo 489.1 TRLC, que determina legalmente la extensión de la exoneración, referido a la totalidad de deudas exonerables, pareciendo excluir el principio dispositivo al indicar: “La exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá a la totalidad de las deudas insatisfechas, salvo las siguientes(...)”. En este sentido se pronuncia el Acuerdo de 4 de septiembre de 2023, del Juzgado Mercantil n.º 19 de Madrid. Circunstancia o limitación, que debe entenderse referida, claro está, a la regulación de la exoneración en el concurso, ya que nada impedirá que fuera del mismo, el deudor, pueda voluntariamente hacer pago de una deuda pese a que haya sido declarada exonerada.*

Por lo que resulta exonerable dichos créditos”.

Pero que la deuda sea exonerable no implica que el concursado haga suya la propiedad del bien sin cumplir la condición suspensiva, el pago del precio, ni

implica tampoco que no pueda pagar voluntariamente. Si el concursado paga las cuotas de la financiación y cumple así con la condición para adquirir la propiedad, el acreedor verá satisfecho su crédito y el concursado adquirirá la propiedad del bien. Si el concursado no paga no adquirirá la propiedad del bien y la acreedora tendrá que acudir a los mecanismos legales que le permitan recuperar la posesión del bien financiado.

Si el comprador, como se indica en la memoria de la solicitud de concurso y en la petición de la exoneración, hubiera perdido o destruido el bien, la vendedora con reserva de dominio tendrá que acudir a los instrumentos y acciones legales que confiere el contrato de financiación. Lo que se exonera es la deuda nacida al momento de la solicitud de concurso¹⁸.

5.2. DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA

La posición de la DGSJFP del MJUS (antigua DGRN) sigue la doctrina del TS, aunque equipara la reserva de dominio en sus efectos a una condición resolutoria. Se inclina por considerar que la reserva de dominio implica una condición suspensiva, pero que en caso de incumplimiento opera como condición resolutoria. Los efectos se retrotraen ex artículo 1223 CC, pero los acreedores con derechos anotados sobre la posición del comprador están protegidos, debiendo consignarse en su favor el precio del bien que el vendedor debe devolver al comprador.

La resolución de 10 de enero de 2018 explica la naturaleza del pacto con claridad, siendo lo dispuesto respecto a los bienes inmuebles extrapolable a los bienes muebles:

“La doctrina de esta Dirección General sobre el pacto de reserva de dominio según la cual, admitida la plena validez de tal pacto en el ámbito de los bienes inmuebles, la compraventa que lo incorpore debe tener acceso al Registro de la Propiedad. Como expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1993: el pacto de reserva de dominio tiene plena validez, según doctrina uniforme de esta Sala [SS. 16-2-1894, 8-3-1906, 30-11-1915 y 10 enero y 19 mayo 1989 (RJ 1989\3778)]; en la compraventa, supone que el vendedor no transmite al comprador el dominio de la cosa vendida hasta que éste le pague por completo el precio convenido, significa una derogación convencional del artículo 609 del CC en relación con los artículos 1461 y concordantes y aunque se entregue la cosa no se transmite la propiedad, viniendo a constituir, como cualquier otra cláusula que se establezca con tal fin, una garantía para el cobro del precio aplazado, cuyo completo pago actúa a modo de condición suspensiva de la adquisición por el comprador del pleno dominio de la cosa comprada, y verificado

tal completo pago se produce “ipso iure” la transferencia dominical; no afecta, pues, a la perfección, pero sí a la consumación, sin que se desnaturalice el concepto jurídico de la compraventa ni se prive a los contratantes, una vez perfecta aquélla por el libre consentimiento, del derecho a exigirse recíprocamente el cumplimiento de las obligaciones esenciales de la misma”.

Ha sido en el ámbito de la regulación de los bienes muebles donde ha encontrado el reconocimiento legal: artículos 4.2.a), 7.10 y 15.1 de la LVPBM (y su antecedente de los artículos 3, 6 y 23 de la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre venta de bienes muebles a plazos), y 4 de la Ordenanza del Registro.

A pesar del escaso reconocimiento normativo en el ámbito inmobiliario, no deja de ser cierto su pleno reconocimiento jurisprudencial. Y es que, con independencia del mayor o menor desarrollo normativo en uno y otro ámbito, su fundamento, su razón de existir es la misma: el principio de autonomía de la voluntad de las partes consagrado en el artículo 1255 CC. Como afirma la STS de 20 junio de 2000: *“el artículo 609 CC, en orden a la adquisición de la propiedad, no es tan absoluto que no admita en su régimen adquisitivo modificaciones por voluntad de los interesados en el negocio jurídico de que se trate o en el que sea su consecuencia, ni es tan negativo que por mor de esas modificaciones arrastre la nulidad del título que las recoja, porque su incorporación al tipo la permite el artículo 1255 del propio Código con carácter general siempre que el tipo de contrato que así se cree no obedezca a una causa torpe que contrarie la ley, la moral o el orden público y más aún si la propia ley lo ha previsto”.*

Aunque el pacto de reserva supone la dilación de la transmisión del dominio a un momento posterior, el del completo pago del precio, no por ello deja de desenvolver unos efectos que han sido reconocidos reiteradamente por la jurisprudencia y que merecen la oportuna protección del Registro. Como afirma la STS de 16 marzo de 2007: *“(…) mientras el comprador cumpla en todo o en parte, el vendedor carece de poder de disposición sobre el objeto, que no puede ser embargado en procedimiento de apremio a no ser que éste se limite a los derechos que pudieran tener el sujeto sobre el mismo (...) Estas situaciones producen, asimismo, para el vendedor, estando pendiente el pacto de reserva de dominio (sentencias de 19 de mayo de 1989 y 12 de marzo de 1993) y mientras el comprador cumpla normalmente su obligación de pago, conforme sucedió en la controversia, que carezca de poder de disposición respecto al bien que vendió, así como, y por ello, de facultades de transmisión del mismo a terceros, tanto en forma voluntaria como forzosa —y los embargos son un anticipo de esta última modalidad—; por lo que a la compradora le asiste, “pendente conditione”, el indudable derecho del ejercicio de la tercería de dominio sobre la vivienda adquirida y trabada en embargo por deudas propias de quien se la vendió, a las que es totalmente ajena”.*

En el ámbito específicamente mobiliario, explica la DGSJFP en su resolución de 7 de octubre de 2019, el efecto del pacto de reserva de dominio, confirmando la nota de calificación del registrador que no admitía el embargo del bien vendido a plazos con pacto de reserva de dominio por deudas del comprador (al no ser el bien de su propiedad) en los siguientes términos:

“1. Se debate en el presente recurso si puede practicarse anotación de embargo administrativo contra el vehículo del comprador existiendo reserva de dominio inscrita en el Registro de Bienes Muebles y no cancelada. El recurrente alega que el procedimiento ejecutivo de recaudación se dirige contra el titular real del vehículo, dado que la presunción de propiedad del bien a favor de «Santander Consumer Finance, Establecimiento Financiero de Crédito, S.A.» queda resuelta con la manifestación expresa de la interesada de fecha 22 de febrero de 2019 al haber vendido la operación de financiación a «Luna Iberian Investments, LTD», gestionado por la sociedad «Paratus Ame España, S.A.» y aquélla a su vez vendió la cartera de créditos a la entidad «Lindorff Holding Spain, S.L.U.» el día 12 de junio de 2014, quien comunicó la renuncia a la reserva de dominio del vehículo. La registradora entiende que constando inscrita una reserva de dominio a favor de «Santander Consumer Finance, Establecimiento Financiero de Crédito, S.A.», no se practica la anotación preventiva de embargo ordenada por no dirigirse el procedimiento contra el titular de dicha reserva ya que según el artículo 24, párrafo segundo, de la Ordenanza del Registro se presume que el mismo tiene la propiedad del bien.

2. En relación con la primera cuestión, dispone el artículo 15 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles lo siguiente: «1. Para que sean oponibles frente a terceros las reservas de dominio o las prohibiciones de disponer que se inserten en los contratos sujetos a la presente Ley, será necesaria su inscripción en el Registro a que se refiere el párrafo siguiente. La inscripción se practicará sin necesidad de que conste en los contratos nota administrativa sobre su situación fiscal. El Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles se llevará por los Registradores de la Propiedad y Mercantiles y se sujetará a las normas que dicte el Ministerio de Justicia. 2. A todos los efectos legales se presumirá que los derechos inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo».

A su vez, en desarrollo de este precepto dispone el artículo 24 de la Ordenanza del Registro (verdadero reglamento del Registro de Bienes Muebles) que «a todos los efectos legales se presumirá que los derechos y garantías inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma que resulte del Registro. Igualmente, se presumirá, salvo prueba en contrario, que los contratos calificados e inscritos son válidos. Como consecuencia de ello no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de bienes muebles o de derechos inscritos sin

que previamente o a la vez se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente. Si la demanda contradictoria del dominio inscrito va dirigida contra el titular registral, se entenderá implícita la demanda aludida en el inciso anterior. Se presumirá que el arrendador con contrato inscrito y el favorecido con la reserva de dominio, sea el vendedor o el financiador, tiene la propiedad del bien. En caso de ejecución forzosa contra bienes muebles, se sobreseerá todo procedimiento de apremio respecto de los mismos o de sus productos o rentas en el momento en que conste en autos, por certificación del Registrador, que dichos bienes figuran inscritos en favor de persona distinta de aquélla contra la cual se decretó el embargo o se sigue el procedimiento, a no ser que se hubiere dirigido contra ella la acción en concepto de heredera del que aparece como dueño en el Registro. Al acreedor ejecutante le quedará reservada su acción para perseguir en el mismo juicio otros bienes del deudor y para ventilar en el juicio declarativo correspondiente el derecho que creyere asistirle en cuanto a los bienes respecto de los cuales se suspende el procedimiento».

A su vez el artículo 27 de la Ordenanza dispone que «recibido en el Registro un mandamiento de embargo o de demanda sobre bienes muebles inscritos, el Registrador tomará anotación preventiva en la hoja correspondiente. Si la demanda o embargo estuvieran dirigidos contra personas distintas de los titulares de derechos inscritos, el Registrador denegará la anotación y comunicará, mediante certificación al Juez, Tribunal o autoridad que hubiera decretado la anotación, que el bien o derecho figura inscrito a favor de persona distinta del deudor o demandado».

3. El pacto de reserva de dominio y su inscripción en el Registro de Bienes Muebles gozan, en dicho ámbito, de una amplia y expresa regulación normativa: artículos 4.2.a), 7.10 y 15.1 de la LVPBM, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles (y su antecedente de los artículos 3, 6 y 23 de la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre venta de bienes muebles a plazos), y 4, 5, 11, 23, 24 y 32 de la Orden de 19 de julio 1999 por la que se aprueba la Ordenanza del Registro.

De conformidad con la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1993: «El pacto de reserva de dominio tiene plena validez, según doctrina uniforme de esta Sala [SS. 16-2-1894, 8-3-1906, 30-11-1915 y 10 enero y 19 mayo 1989 (RJ 1989\3778)]; en la compraventa, supone que el vendedor no transmite al comprador el dominio de la cosa vendida hasta que éste le pague por completo el precio convenido, significa una derogación convencional del artículo 609 del CC en relación con los arts. 1461 y concordantes y aunque se entregue la cosa no se transmite la propiedad, viniendo a constituir, como cualquier otra cláusula que se establezca con tal fin, una garantía para el cobro del precio aplazado, cuyo completo pago actúa a modo de condición suspensiva de la adquisición por el comprador del pleno dominio de la cosa comprada, y verificado tal completo

pago se produce ipso iure la transferencia dominical; no afecta, pues, a la perfección, pero sí a la consumación, sin que se desnaturalice el concepto jurídico de la compraventa ni se prive a los contratantes, una vez perfecta aquélla por el libre consentimiento, del derecho a exigirse recíprocamente el cumplimiento de las obligaciones esenciales de la misma».

Desde el punto de vista registral, afirma la Resolución de esta Dirección General de 4 de diciembre de 2010: «Sin necesidad de entrar en la determinación de la naturaleza jurídica del pacto de reserva de dominio en la compraventa y de la titularidad registral que ostenta el comprador, es indudable que ésta tiene alcance jurídico real y que en nuestro ordenamiento aquella estipulación, por la cual, pese a la inmediata entrega (que en el presente caso se realiza mediante el otorgamiento de la escritura —artículo 1462 CC—), se supedita o aplaza el traspaso dominical pleno del bien vendido a la íntegra realización del pago del precio convenido y aplazado, origina una situación que equivale sustancialmente, en los efectos prácticos, a las que crea la denominada condición resolutoria explícita, en tanto en cuanto la falta de pago del precio comporta la resolución del contrato —título que sirve de base a dicha titularidad jurídico real— y la extinción de esa titularidad del comprador (cfr. artículos 11 LH y 7.10 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles)». En el mismo sentido, la Resolución de 12 de mayo de 2010.

En definitiva, produciéndose efectos jurídico-reales que afectan tanto al ámbito de las facultades del vendedor y del comprador (transmisión de su posición jurídica), como al ámbito de su respectiva responsabilidad patrimonial frente a terceros (embargo de su respectiva posición jurídica), resulta evidente la oportunidad de su inscripción en el Registro de la Propiedad y, por lo que ahora interesa, en el Registro de Bienes Muebles (artículo 4 de la Ordenanza del Registro).

4. Desde esta última perspectiva, la Instrucción de esta Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de diciembre 2002 tuvo, como expresa finalidad, la de resolver determinadas dudas que se habían puesto de manifiesto en el funcionamiento del Registro de Bienes Muebles encontrándose entre ellas las relativas al modo de actuar en caso de existencia de reserva de dominio. Su decisión decimoquinta expresó lo siguiente: «Conforme a lo dispuesto en los artículos 24 y 25 de la Ordenanza del Registro (hoy Registro de Bienes Muebles) aprobado por la citada Orden del Ministerio de Justicia de 19 de julio de 1999, con clara habilitación legal en la presunción de legitimación registral contenida en el artículo 15 de la LVPBM, los Registradores denegarán los mandamientos de embargo sobre bienes vendidos a plazos con pacto de reserva de dominio o que hayan sido objeto de arrendamiento financiero, en virtud de contratos inscritos en el Registro de Bienes Muebles, cuando el objeto del embargo sea la propiedad de tales bienes y el embargo se dirija contra persona distinta del

vendedor, financiador o arrendador. Podrán anotarse los embargos que tengan por objeto la posición jurídica del comprador a plazos o del arrendatario financiero, pero la anotación de embargo quedará sin efecto y podrá solicitarse su cancelación en caso de que el arrendatario no ejercite la opción de compra o de que el vendedor con pacto de reserva de dominio a su favor recupere los bienes ante el impago por parte del comprador del precio aplazado»”.

Con este último inciso se pretendía aclarar el juego de las dos titularidades que, *pendente conditione*, resultaban del Registro de modo que sólo pudiesen acceder a sus libros los embargos dirigidos contra una u otra titularidad si se limitaban a los derechos que a cada parte correspondía, evitando así los problemas de interpretación que pudiesen resultar de la aplicación conjunta de los artículos 4, 5.a) y 27 de la Ordenanza del Registro (vid. Resoluciones de 4 y 5 de febrero de 2010, 8 de noviembre de 2013 y 22 de mayo de 2015). Ciñéndonos a la situación derivada del embargo de la posición jurídica del comprador, es ésta, con los derechos y obligaciones inherentes, la que, en su caso, puede ser objeto de apremio y adjudicación al acreedor o un tercero.

6. POSICIÓN DEL VENDEDOR CON PACTO DE RESERVA DE DOMINIO EN CASO DE CONCURSO DE COMPRADOR: ¿EXISTE DERECHO DE SEPARACIÓN?

Dispone la Sentencia 20 de noviembre de 2023 del Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Alicante, Procedimiento 1/2023: “*Dependiendo de la teoría a la que nos acogamos, la resolución del presente asunto es muy distinta, puesto que si entendemos que la reserva de dominio no es un derecho real de garantía, el crédito otorgado por el financiador sería exonerable; y por el contrario, si entendemos que sí comparte naturaleza de garantía real, el crédito del financiador aquí demandante, garantizado por la reserva de dominio, no sería exonerable, a decir del art. 489.1.8.º TRLC.*

Acudimos a este debate doctrinal —y jurisprudencial— por cuanto que el legislador nacional, al trasponer la Directiva 2019/1023, mediante la Ley 16/2022, optó por una concepción civilista al tiempo de establecer créditos exonerables y créditos no exonerables, regulando la extensión de la exoneración en el art. 489 TRLC. Considerando deudas no exonerables las relacionadas en los ocho ordinales del apartado 1 del art. 489, entre las que se encuentran: 8.º.— Las deudas con garantía real, sean por principal, intereses o cualquier otro concepto debido, dentro del límite del privilegio especial, calculado conforme a lo establecido en esta ley.

— Vemos que el precepto descarta la nomenclatura concursal de créditos privilegiados en su definición, y habla de “deudas con garantía real”, a las que con-

sidera no exonerables. De ello se hace eco la *SJM* n.º 2 de Murcia, de 22 de marzo de 2023 y el *AJM* n.º 1 de A Coruña, de 9 de octubre de 2023. Y entre la mejor doctrina, *FERNÁNDEZ SEJO* (2022, p. 131) y *FACHAL NOGUER* (2023, pp. 17-18).

El transcrito ordinal 4.º del art. 270 *TRLR* (que no ha sido objeto de reforma por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre), a decir de la mejor doctrina [*ARIAS VARONA*, (2023, p. 1460 a 1462)] “*agrupa situaciones jurídicas formalmente distintas, pero que coinciden en el empleo de la propiedad con fines de garantía. El cumplimiento de una finalidad económica común hace que el legislador las asimile entre sí, a pesar de que hay significativas diferencias entre ellas, y las trate como garantías reales*”. Es decir, afirma este autor que el tratamiento concursal es similar al de las garantías reales, pero no es más que una solución legislativa, consistente en privilegiar en el pago a las cuotas impagadas del arrendamiento financiero o de la compraventa financiada con pacto de reserva de dominio. Se puede concluir que privilegio especial no es sinónimo de garantía real, sino que determinados créditos privilegiados reciben un tratamiento legal similar al de las garantías reales, sin serlo.

(...)

La venta a plazos de bienes muebles con cláusula de reserva de dominio queda calificada, a efectos concursales, conforme determina el art. 270.4.º *TRLR*, atendiendo a la finalidad de garantía del art. 16 *LVPBM*, distinta del arrendamiento financiero, igualmente incluido en el citado precepto; y para el que, recordemos, determina tratamiento similar al de las garantías reales definidas en el art. 270.1.º *TRLR*.

(...)

Decisión del juzgador:

— *A tenor de todo lo anteriormente razonado, se entiende motivada la decisión que se adopta, de no considerar no exonerable el crédito del financiador de la venta a plazos de bien mueble, a los efectos del art. 489.1.8.º TRLR, al no tratarse de ninguna garantía real.*

— *Por lo que procede declarar exonerable el crédito del financiador aquí demandante, (...) S.A, constituido en contrato de fecha (...) de septiembre de 2021, número de operación (...) con pacto de reserva de dominio sobre el vehículo (...) matrícula (...); que, no obstante, continuará ostentando los derechos que le correspondan sobre el referido vehículo, en cuanto a la reserva de dominio propiamente dicha, extramuros del presente procedimiento concursal.*

— *Dado que el concursado afirma su voluntad de seguir abonando las cuotas del contrato de financiación del venta a plazos (que afirma llevar “al día”, y que es hecho no controvertido), podrá seguir haciéndolo a fin de enervar las facultades derivadas de la reserva de dominio ex art. 16 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles y así consolidar el dominio sobre el bien, evitando la privación de su uso. La exoneración no elimina el crédito,*

sino que únicamente extingue la acción frente al deudor para su cobro (art. 490 TRLC). Por ello, el pago voluntario del crédito, impedirá el ejercicio de cualquier acción recuperatoria de la posesión del bien, por parte del financiador, ante los Juzgados de Primera Instancia que fueren territorialmente competentes.

— De no abonarse voluntariamente las cuotas del préstamo por la concursada, la exoneración que aquí se predica del crédito, no impedirá la recuperación del bien por el financiador mediante el ejercicio de las acciones previstas en el art. 250.1.11.º LEC”.

En esta línea, el Auto 194/2023, de 9 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil de A Coruña, Sección 1, dispone: “Según la literalidad del artículo 489.1.8.º TRLC, sólo participan de la condición de pasivo no exonerable las deudas con garantía real y hasta el límite del privilegio especial. Por tanto, si podrán exonerarse otros créditos a los que el art. 270 TRLC atribuye la condición de créditos con privilegio especial, si esta clasificación no trae causa en la constitución de una garantía real. Así sucede, específicamente, con los créditos por contratos de arrendamiento financiero o de compraventa con precio aplazado de bienes mueble so inmuebles, a los que el artículo 270.4.º TRLC asigna la clasificación de privilegiados especiales sobre los bienes arrendados o vendidos con pacto de reserva de dominio. Pero, como veremos, este privilegio no tiene su origen en la existencia de una garantía real”.

El TRLC, en sus artículos 145 y siguientes, establece reglas especiales para los procedimientos de ejecución de garantías reales y asimilados, entre los que se encuentra la reserva de dominio, conforme señala el artículo 150.2 LC.

Al igual que las garantías reales —por asimilación a ellas— suspende la ejecución de las acciones derivadas de la reserva de dominio, cuando sean bienes necesarios para la actividad profesional o empresarial del concursado y no estén finalizadas con anterioridad a la declaración de concurso. Eso sí se consideran créditos con privilegio especial. El acreedor vuelve a recuperar la acción separada cuando pasa un año desde la liquidación sin enajenación del activo.¹⁹

La LVPBM iba más allá al establecer que los bienes comprados a plazos con pacto de reserva de dominio no se incluirán en la masa concursal mientras no esté satisfecho el crédito garantizado. Pero el TRLC —a diferencia de lo que hacía la citada LVPBM que aun formalmente lo reconoce en su artículo 16.5—²⁰, ya desde la Ley de 2003, ha limitado este derecho de separación *ex iure domini* inmediato a la reserva de dominio, y las asimila a las garantías reales.

En virtud del TRLC, se suspende su ejercicio separado, aunque permite su readmisión si no hay liquidación, al señalar que los titulares de garantías reales recuperarán el derecho de ejecución o realización forzosa cuando transcurra un año desde la apertura de la liquidación sin que se haya enajenado el bien o derecho afecto.

Y en todo caso, eso sí, les reconoce carácter de crédito con privilegio especial para el cobro siempre que cumplan con los requisitos necesarios exigidos

por la legislación específica, esto es, siempre que estén inscritos en el Registro de bienes muebles.²¹

En efecto, la LC, en su artículo 239, especifica que los bienes de propiedad ajena en poder del concursado deben ser entregados a sus legítimos titulares, siempre que el concursado no tenga derecho de uso, garantía o retención sobre ellos. Esto implica que el vendedor con pacto de reserva de dominio no puede solicitar la separación y recuperación del bien *ex iure domini*, pues el comprador tiene derecho de uso.

Por otra parte, los modelos de los contratos de venta a plazos y financiación nada contemplan sobre esta materia.

En todo caso, la Ley 9/2015, de 25 de mayo de medidas urgentes en materia concursal, reconoce un tratamiento especial para los créditos derivados de contratos de compraventa con precio aplazado y reserva de dominio, sugiriendo un tratamiento preferente en el concurso.

En este sentido, los Acuerdos de unificación de criterios en derecho concursal de los Juzgados Mercantiles de Barcelona (diciembre 2023) establecieron en el criterio tercero sobre exoneración del pasivo insatisfecho:

“3. Arrendamientos financieros y créditos con reserva de dominio.

Los créditos derivados de arrendamientos financieros o derivados de la financiación de bienes con reserva de dominio a favor del acreedor, serán exonerados de manera condicionada a la devolución del bien al acreedor.

Si la financiación se encuentra al corriente de pago del deudor y la cantidad adeudada es superior al valor del bien, el deudor podrá solicitar excluir de exoneración el referido crédito y mantenerse en la posesión del bien”.

Como luego veremos, esta debería ser la línea seguida en general por los jueces de lo mercantil en los casos de concurso sobre deudores-compradores con pacto de reserva de dominio inscrito a favor del vendedor.

El principio general de buena fe y la proscripción en nuestro Derecho del enriquecimiento injusto, avalan que la exoneración del pasivo insatisfecho en relación a los vehículos objeto de reserva de dominio, quede condicionada a la devolución del bien.

7. EFECTOS DE LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO EN CASO DE CONCURSO DEL COMPRADOR A PLAZOS

7.1. EFECTOS EN RELACIÓN CON LA DEUDA DERIVADA DEL CONTRATO DE VENTA A PLAZOS Y A LA RESERVA DE DOMINIO INSCRITA EN FAVOR DEL VENDEDOR

Las acciones del vendedor/financiador en los contratos de venta a plazos con reserva de dominio, son distintas en el ámbito extra concursal y las acciones en el ámbito concursal.

A) *En el ámbito extra concursal*, se atribuye al vendedor, en caso de incumplimiento del comprador, la facultad de optar por (i) exigir el cumplimiento del contrato mediante el ejercicio de una acción encaminada a la obtención de una sentencia condenatoria que permita dirigir la ejecución exclusivamente sobre el bien adquirido o financiado a plazos (artículo 250.1.10.º LEC); o podrá (ii) solicitar la resolución del contrato, en cuyo caso ejercitará la acción a la que alude el artículo 250.1.11.º LEC, que le permitirá obtener la inmediata entrega del bien. Finalmente, podrá también (iii) proceder al embargo de otros bienes si el contrato se hubiera formalizado en póliza, dado el carácter de ésta como título ejecutivo.

En lo que concierne a los mecanismos que se conceden al vendedor fuera del concurso para hacer uso de la reserva de dominio pactada, el acreedor favorecido por la reserva de dominio cuenta con similares derechos a los reconocidos al acreedor provisto de garantía real mobiliaria: la reserva de dominio goza de reipersecutoriedad (artículo 15.3 LVPBM), por lo que el acreedor podrá (i) perseguir el bien que se encuentre en poder de tercero y, aunque pudiera resultar extraño, podrá (ii) ejecutar el bien —del que continúa siendo propietario— y adjudicárselo en pago de su crédito. Ello sin perjuicio de la posibilidad de (iii) optar por la resolución del contrato.

B) *En el marco concursal*, si se tramitara el concurso conforme a las prescripciones del Libro I, el vendedor tendría varias opciones que son sustancialmente equivalentes a las indicadas ut supra:

- Por preverlo de modo expreso el artículo 150.2.º TRLC, el vendedor puede ejercitar durante el concurso la acción tendente a la recuperación del bien —que sólo se paralizará temporalmente si recae sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor—. El empleo de este mecanismo legal está supeditado en el artículo 250.1.11.º LEC a que se trate de contratos inscritos en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles y formalizados en el modelo oficial establecido al efecto. La elección de esta alternativa conlleva la resolución del contrato de compraventa a plazos con reserva de dominio, dado que permitirá al vendedor recuperar el bien, previa aquella resolución.
- También puede el vendedor no ejercitar esta acción tendente a la recuperación del bien vendido a plazos y preferir que se mantenga la vigencia del contrato. En ese caso, insinuará su crédito en el concurso del comprador, al que se le concederá la clasificación de crédito con privilegio especial del artículo 270.4.º TRLC. Esta opción implica que el bien pueda realizarse dentro del concurso del comprador, destinando el precio obtenido al pago del crédito del vendedor. Además, para la enajenación en sede concursal, habrán de observarse las especialidades contenidas en los artículos 209 y siguientes TRLC.

El problema se plantea en el ámbito concursal y en particular en los concursos sin masa cuando se cierra el concurso (a veces de manera exprés) exonerando al deudor del pasivo insatisfecho. Por eso conviene estudiar cómo afecta la exoneración de pasivo insatisfecho al crédito procedente de un contrato de compraventa con pacto de reserva de dominio.

Está claro que, si el concurso se declara y se abre la liquidación, y tiene lugar la realización del bien, el importe obtenido habrá de ser destinado al pago del crédito con privilegio especial reconocido en la lista de acreedores. Culminadas las operaciones de liquidación, y solicitada la conclusión del concurso, si permanecieran créditos concursales insatisfechos, se abre el plazo para que el deudor solicite la exoneración de pasivo insatisfecho (artículo 501.2 TRLC). Si se dieran los presupuestos y requisitos legales, el juez concederá la exoneración, que se extenderá a la totalidad de deudas insatisfechas, salvo que se trate de alguna de las enumeradas en el artículo 489 TRLC. Por lo que respecta a la parte de la deuda procedente del contrato de compraventa con precio aplazado que, en su caso, hubiera quedado insatisfecha tras la realización del bien, habrá de considerarse crédito exonerado.

La cuestión se complica si el escenario que se abre es el propio de los concursos sin masa en los que no tiene lugar la apertura de liquidación, ya por llamamiento infructuoso de los acreedores, ya por informe negativo del administrador concursal sobre la existencia de indicios suficientes para el ejercicio de las acciones que indica el artículo 37 ter TRLC. Puesto que, en estos supuestos, el deudor también puede solicitar la exoneración de pasivo insatisfecho, dentro del plazo que señala el artículo 501.1 TRLC, permanece la duda de qué ocurre con el contrato de financiación con pacto de reserva de dominio que hubiera suscrito y que, a la fecha de declaración de concurso, podría estar incumplido. Ya hemos adelantado en líneas precedentes que el crédito procedente de estos contratos no comparte la naturaleza de pasivo no exonerable. Ello significa, por imperativo legal, que debe considerarse como una deuda exonerada, en la hipótesis de que el deudor obtenga la exoneración de pasivo insatisfecho. Consecuentemente, conforme dispone el artículo 490 TRLC, el acreedor cuyo crédito se ha extinguido por razón de la exoneración no podrá ejercer ninguna acción frente al deudor para exigir su cobro.

Ahora bien, no podemos entender que la liberación de la deuda conlleve que el deudor exonerado pueda hacer suya la propiedad del bien vendido con pacto de reserva de dominio, a no ser que cumpliera con lo estipulado en el contrato, esto es, proceder al pago íntegro del precio aplazado. Recuérdese que, si el comprador no abona en su integridad el precio del bien, no se cumple la condición para que tenga lugar la transferencia de dominio a fu favor. De este modo, podemos decir que, mientras el deudor exonerado no pague en su totalidad el precio

aplazado, no adquiere la titularidad del bien que fue vendido con pacto de reserva de dominio.

Y, por tanto, en caso de incumplimiento de la obligación de pago del precio aplazado, el vendedor o el financiador, según proceda, podrían exigir la resolución del contrato, ejercitando la acción a la que alude el artículo 250.1.11.º LEC: esta acción de tutela sumaria les permitiría obtener la inmediata entrega del bien y recuperar su posesión.

Como aclaración adicional, no parece que aquellos sujetos puedan acudir al cauce del artículo 250.1. 10.º LEC pues esta acción está exclusivamente encaminada a la obtención de una sentencia condenatoria que permita, más tarde, dirigir la ejecución contra el bien adquirido o financiado a plazos.

Y ello no es posible ya que, como se ha razonado, la deuda procedente del contrato de compraventa con pacto de reserva de dominio comparte la condición de pasivo exonerable, de tal suerte que, concedida la exoneración, el acreedor queda privado de la posibilidad de dirigirse contra el deudor para exigir su cobro.

7.2. EFECTOS DE LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO

a) *La virtualidad de la exoneración del pasivo insatisfecho o régimen de segunda oportunidad* permite que el concursado insolvente persona física puede ver extinguido el pasivo tras la ejecución del patrimonio o tras el cumplimiento de un plan de pagos. Esto significa que esas deudas exonerables, que quedan pendientes, se extinguen y el acreedor no podrá reclamarlas. Este es un efecto del auto de conclusión de concurso de persona física que decreta la exoneración.

Por lo tanto, concluido el concurso, los acreedores no podrán iniciar procesos de ejecución contra el deudor que “ha limpiado” su historial de impagos. Esto es precisamente lo que dice el artículo 490 del TRLC: “*los acreedores cuyos créditos se extingan por razón de la exoneración no podrán ejercer ningún tipo de acción frente el deudor para su cobro, salvo la de solicitar la revocación de la exoneración*”.

Como complemento a este artículo, el nuevo artículo 492 ter determina que la resolución en la que se acuerde la exoneración “*incorporará mandamiento a los acreedores afectados para que comuniquen la exoneración a los sistemas de información crediticia a los que previamente hubieran informado del impago o mora de deuda exonerada para la debida actualización de sus registros*”.

La entrada en vigor del TRLC generó un debate inédito en la jurisdicción mercantil. Las limitaciones del instrumento normativo utilizado para sistematizar y armonizar el Derecho Concursal provocaron una polémica sobre el *ultra vires*, o exceso en la delegación legislativa. Según la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 166/2007, de 4 de julio), esta extralimitación implicaba que el

decreto legislativo no tenía fuerza de ley y solo tenía valor reglamentario, permitiendo su enjuiciamiento por la jurisdicción ordinaria. Así, los juzgados y tribunales mercantiles podían dejar de aplicar el precepto extralimitado sin necesidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad.

La crítica sobre los posibles excesos del refundidor atrajo la atención de la doctrina y la jurisprudencia menor, especialmente en relación con las disposiciones sobre la extensión del beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho. La cuestión giraba en torno a la inadecuación de la norma refundida a la STS 381/2019, de 2 de julio, donde el Tribunal Supremo interpretó el derogado artículo 178 bis TRLC para dotar de coherencia lógica a una disposición considerada por muchos como un ejemplo de deficiente técnica legislativa. Además, la Sala Primera identificó importantes lagunas en el precepto, sumadas a su escasa claridad, que originaron el debate sobre el *ultra vires*.

A partir de los pronunciamientos del precedente judicial mencionado, una serie de resoluciones apoyaron la tesis de la extralimitación, vinculada a la —injustificada— ultra protección del crédito público en el régimen de concesión del beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho (véase SAP de Girona 522/2022, de 15 de julio, [JUR 2022\289268]; SAP de Baleares de 25 de junio de 2021, [JUR 2021, 281599]; y SAP de Valladolid 149/2022, de 10 de marzo, [JUR 2022\184328]).

La aplicación de estas facultades de control, en manos de los órganos de la jurisdicción mercantil, evidenciaba un riesgo de lesión al principio de seguridad jurídica, debido a la supervisión judicial de la labor refundidora. Si esta supervisión se basaba en una apreciación judicial sobre la corrección de la tarea del refundidor, se favorecía la diversidad de criterios y el tratamiento dispar de situaciones análogas, según la postura del juzgador sobre el exceso en la delegación. De hecho, una búsqueda rápida en las bases de datos revela pronunciamientos diversos que rechazan la existencia del *ultra vires* y califican la tarea refundidora como técnicamente correcta (véase SAP de Cantabria de 20 de mayo de 2022; SAP de Valencia de 15 de febrero y 1 de marzo de 2022; SAP de Oviedo de 20 de abril de 2022; y SAP de A Coruña 484/2022, de 6 de julio, [JUR 2022\304628]). Así, desde la entrada en vigor del TRLC, la suerte de muchos deudores que buscaban la exoneración dependía de un factor que debería ser accesorio, y no esencial, para su plena liberación, ya que todo se reducía a la postura del juzgador sobre la corrección del refundidor al delimitar la extensión de la exoneración.

La Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (en adelante, “Directiva sobre

reestructuración e insolvencia”), dedica sus artículos 20 a 24 a la exoneración de deudas e inhabilitaciones. Por exigencia de la norma comunitaria, los Estados miembros deben adoptar medidas para reducir los efectos negativos del sobreendeudamiento o la insolvencia sobre los empresarios y permitir la plena exoneración de deudas después de cierto período de tiempo, limitando la duración de las órdenes de inhabilitación dictadas en relación con el sobreendeudamiento o la insolvencia del deudor (véase Considerando 73). Con este objetivo, el artículo 20 proclama que “*los Estados miembros velarán por que los empresarios insolventes tengan acceso al menos a un procedimiento que pueda desembocar en la plena exoneración de deudas (...)*”. En la norma nacional, se ha optado por una regulación de la segunda oportunidad uniforme para empresarios y personas naturales que no tengan esta condición.

En línea con el legislador europeo, el Preámbulo de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) sobre reestructuración e insolvencia (en adelante “Ley 16/2002 de reforma del TRLC para la transposición de la Directiva (UE)”), reconoce que la recuperación del concursado para la vida económica permite al deudor volver a emprender, reincorporándose con éxito a la actividad productiva, con las enseñanzas que son producto de la crisis sufrida, lo que beneficia a la sociedad en general, e incluso a los propios acreedores, que no obtendrían satisfacción a la legítima pretensión de cobro sin un expediente encaminado a la exoneración del deudor, como la experiencia ha demostrado, debido a su mantenimiento en situaciones de economía sumergida. El legislador comunitario también es consciente de esta problemática cuando alude, en el Considerando 72, a la estigmatización social que es producto de la insolvencia, y que, de ordinario, se expresa en la inhabilitación o en la incapacidad patrimonial irremisible para saldar las deudas. Efectos adversos de estas características, asociados a la insolvencia del empresario, constituyen un importante desincentivo para los nuevos proyectos empresariales o para materializar una segunda oportunidad —real y efectiva—.

La Directiva sobre reestructuración e insolvencia no prescribe un determinado cauce de acceso a la exoneración, por lo que los Estados miembros cuentan con un amplio margen de libertad en la regulación de esta institución y pueden incorporar tanto vías de exoneración automática —previa liquidación del patrimonio del deudor—, como sujetas a la aprobación y cumplimiento de un plan de pagos —subsiguiente, o no, a la liquidación de sus bienes y derechos—. Eso sí, los Estados miembros deben garantizar que al menos uno de dichos procedimientos ofrezca al empresario insolvente la oportunidad de lograr la plena exoneración de deudas dentro de un plazo que no sea superior a tres años (véase Considerando 75).

En la versión original del Texto Refundido, al igual que con la Ley Concursal, se supeditaba la concesión del beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho a la previa liquidación de todos los bienes y derechos de la masa activa (véase artículo 486 TRLC, redacción inicial). Una de las principales críticas al sistema articulado en la normativa concursal derivaba de la exigencia legal de pago de un determinado umbral de pasivo, como *conditio sine qua non* para que el deudor pudiera lograr la exoneración. Esta imposición provocaba, en la práctica, que los colectivos más vulnerables y los situados en una posición patrimonial más precaria no tuvieran alternativas reales de acceder a la segunda oportunidad: la realización en el concurso de la totalidad de su patrimonio ni siquiera les permitía cubrir los créditos contra la masa y privilegiados —umbral mínimo para la obtención de la exoneración exigido a aquellos deudores que intentaron, sin éxito, el acuerdo extrajudicial de pagos—. Así, el sacrificio realizado en el concurso despojaba a estos deudores de todos sus recursos económicos, lo que imposibilitaba el cumplimiento de los compromisos asumidos en el plan de pagos.

La regulación de la exoneración de pasivo insatisfecho, fruto de la reforma introducida por la Ley 16/2022 de reforma del TRLC para la transposición de la Directiva (UE), se aparta del régimen anterior y contempla, por una parte, la modalidad más ortodoxa que da acceso a la liberación de las deudas no satisfechas, a salvo el pasivo calificado de “no exonerable (véase artículo 489 TRLC), sujeta a la previa liquidación de la masa activa, si la causa de conclusión del concurso fuera la finalización de la fase de liquidación o la insuficiencia de masa activa.

La segunda alternativa legal que permite la exoneración no requiere la liquidación del patrimonio del deudor, aunque este deberá sujetarse a un plan de pagos, que ha de ser aprobado judicialmente, y en el que se incluye un calendario de pagos que afecta, en exclusiva, al pasivo exonerable. Por tanto, el deudor debe efectuar un esfuerzo económico tendente a la satisfacción, con sus rentas y recursos disponibles, de las deudas exonerables, según el calendario de pagos incluido en el plan. De este modo, la exoneración se extenderá a la parte del pasivo exonerable que, conforme al plan, vaya a quedar insatisfecha.

En la normativa anterior a la Ley 16/2022 de reforma del TRLC para la transposición de la Directiva (UE), el artículo 487 del TRLC mencionaba expresamente al deudor de buena fe al definir los requisitos subjetivos para acceder a la exoneración. Conforme al artículo 486.1 TRLC, en su versión modificada tras la reforma mencionada, “*el deudor persona natural, ya sea empresario o no, podrá solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho bajo los términos y condiciones establecidos por esta ley, siempre que actúe de buena fe*”.

Tras la reforma efectuada en el TRLC por Ley 16/2022 de reforma del TRLC para la transposición de la Directiva (UE), la no exonerabilidad ya no se refiere a deudas con privilegio especial, sino que se refiere a deudas con garantía real,

entre las que no se encuentra la deuda derivada de un contrato de financiación con reserva de dominio, ello sin perjuicio de que el vendedor o financiador siga ostentado los derechos que sobre el bien objeto del contrato puedan derivarse de este y de la reserva de dominio inscrita en el Registro de Bienes Muebles, que podrá ejercitar extraconcursalmente y también en el concurso, una vez pasado el plazo de suspensión, siendo la pieza clave la buena fe.

El Auto 131/2024, de 20 de junio, del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Donostia-San Sebastián dispone que: *“no reconociendo la naturaleza de derecho real a la reserva de dominio, la interpretación del artículo 489.1. 8.º TRLC, en consonancia con la Directiva 2019/2023, debe ser necesariamente restrictiva, no pudiendo extenderla a supuestos no expresamente mencionados en este artículo. Por lo que, no incluyéndose la reserva de dominio en dicho listado, no tiene el carácter de no exonerable, procediendo su exoneración. Sin perjuicio de reconocer al titular del crédito con reserva los derechos que sobre el vehículo pudieran derivarse del contrato y de la reserva de dominio inscrita en el Registro de Bienes Muebles, que podrá ejercitar, si lo estima oportuno, al margen del concurso. En los mismos términos la AJM Murcia n.º 2 de 22 de marzo de 2023”*.

Se reconocen por tanto los derechos derivados de la inscripción en el Registro, pero no consideran que uno de ellos sea la exoneración en el pasivo insatisfecho.

Sin embargo, debemos entender esta exoneración condicionada a la buena fe del comprador.

Solo un deudor honrado es merecedor de una segunda oportunidad. La ley presume la buena fe del deudor insolvente, siendo las conductas descritas en dicho precepto las que prueban la falta de buena fe. Por lo tanto, corresponde a los acreedores alegar su existencia, aunque el juez del concurso debe verificar y controlar que se cumplan los requisitos legales para la exoneración.

b) *Referencia explícita del deudor de buena fe en la legislación concursal*

En el preámbulo de la Ley 16/2022 de reforma del TRLC para la transposición de la Directiva (UE), aparece recogido varias veces el concepto de la buena fe de los deudores, en concreto:

“(…) Los sistemas de insolvencia tienen como finalidad económica procurar una reasignación eficiente de los recursos productivos (…) Cuando el deudor insolvente es una persona física, el concurso pretende identificar a los deudores de buena fe y ofrecerles una exoneración parcial de su pasivo insatisfecho que les permita beneficiarse de una segunda oportunidad, evitando su paso a la economía sumergida o a una situación de marginalidad (...)

(…) Uno de los cambios más drásticos de la nueva normativa es que, en lugar de condicionar la obtención de la exoneración a la satisfacción de un

determinado tipo de deudas (como ha venido a recoger el artículo 487.2 TRLC), se acoge un sistema de exoneración por mérito en el que cualquier deudor, sea o no empresario, siempre que satisfaga el estándar de buena fe en que se asienta este instituto, puede exonerar todas sus deudas, salvo aquellas que, de forma excepcional y por su especial naturaleza, se consideran legalmente no exonerables. Se mantiene la opción, ya acogida por el legislador español en 2015, de conceder la exoneración a cualquier deudor persona natural de buena fe, sea o no empresario (...).

(...) La buena fe del deudor sigue siendo una pieza angular de la exoneración. En línea con las recomendaciones de los organismos internacionales, se establece una delimitación normativa de la buena fe, por referencia a determinadas conductas objetivas que se relacionan taxativamente (numerus clausus), sin apelación a patrones de conducta vagos o sin suficiente concreción, o cuya prueba imponga una carga diabólica al deudor. Se elimina el requisito para poder gozar de la exoneración consistente en que el deudor no haya rechazado oferta de empleo en los cuatro años anteriores a la declaración de concurso. Y también se elimina la obligación de haber celebrado, o haber al menos intentado, un acuerdo extrajudicial de pagos (...).

En la regulación previa a la modificación por Ley 16/2022 de reforma del TRLC para la transposición de la Directiva (UE), el artículo 487 TRLC también hacía una referencia explícita al deudor de buena fe, al delimitar el presupuesto subjetivo de la exoneración. Según el actual art 486.1, *“el deudor persona natural, sea o no empresario, podrá solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho en los términos y condiciones establecidos en esta ley, siempre que sea deudor de buena fe”*.

Por tanto, la buena fe debe relacionarse con la pretensión de querer seguir poseyendo un bien mueble, con reserva de dominio, sabiendo que no ha pagado el deudor concursado el precio aplazado del bien.

El fundamento de derecho segundo de la Sentencia 63/2024 de 28 de mayo, del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Donostia-San Sebastián, dictada en el Procedimiento 372/2023, hace una referencia explícita al concepto de buena fe en la exoneración, al disponer en relación con el deudor de buena fe mencionado en el artículo 486 TRLC:

“Respecto del concepto de buena fe del deudor me, se puede establecer una serie de conclusiones sobre este concepto. La normativa nacional actual al respecto, introducida por la Ley 16/2022 de 5 de septiembre (LA LEY 19331/2022), así como la Directiva (UE) 2019/1023 (LA LEY 11089/2019) de 20 de junio, que desarrolla, estructuran la figura de la exoneración, en torno al deudor de buena fe. No contienen, sin embargo, un concepto del término buena fe, en relación a la exoneración.

Acudiendo a la Exposición de Motivos de la Ley 16/2022 de 5 de septiembre (LA LEY 19331/2022), se puede concluir que el nuevo sistema, siguiendo los principios de la Directiva, pretende establecer un régimen de exoneración por mérito del deudor, lo que equivale a la concurrencia de buena fe por su parte, sin la exigencia de otros requisitos. Buena fe que queda delimitada normativamente, por exclusión de las conductas que con carácter de numerus clausus se indican en la propia ley. De esta forma indica: “(...) la nueva normativa es que, en lugar de condicionar la obtención de la exoneración a la satisfacción de un determinado tipo de deudas (como ha venido a recoger el artículo 487.2 del texto refundido de la Ley Concursal (LA LEY 6274/2020)), se acoge un sistema de exoneración por mérito en el que cualquier deudor, sea o no empresario, siempre que satisfaga el estándar de buena fe en que se asienta este instituto, puede exonerar todas sus deudas, salvo aquellas que, de forma excepcional y por su especial naturaleza, se consideran legalmente no exonerable.(...) La buena fe del deudor sigue siendo una pieza angular de la exoneración. En línea con las recomendaciones de los organismos internacionales, se establece una delimitación normativa de la buena fe, por referencia a determinadas conductas objetivas que se relacionan taxativamente (numerus clausus), sin apelación a patrones de conducta vagos o sin suficiente concreción, o cuya prueba imponga una carga diabólica al deudor.”

Por tanto, debemos partir de la concurrencia de buena fe en el deudor, la cual únicamente queda excluida, si se encuentra incurso en alguna de las excepciones, que con carácter de números clausus, establece la norma. Debe deslindarse el concepto de la buena fe civil del artículo 7.1 CC (LA LEY 1/1889), de la buena fe requerida para la exoneración. Como indica la STS Sala 1.ª núm. 381/2019 de 2 de julio (LA LEY 94033/2019), el concepto de buena fe del deudor, no se corresponde con el de buena fe del Código Civil, referido en resoluciones como STS de 21 de mayo de 1982, 15 de noviembre de 1990 (LA LEY 1405-JF/0000), 30 de enero de 2003 (LA LEY 999/2003) (núm. 37/2003), que lo relacionan con la lealtad y confianza que genera una persona en sus relaciones, sino con el cumplimiento de los requisitos legales, que establecía, en su momento, el artículo 178.3 LC. En el mismo sentido, la STS n.º 863/2022 de 1 de diciembre (LA LEY 291900/2022). La regulación actual de estas conductas objetivas, incompatibles con la buena fe, se contienen en el artículo 487 TRLC. En todo caso, estos criterios de conducta no pueden alterar el principio de presunción de buena fe. No corresponde al deudor, acreditar su correcto comportamiento, sino que será el acreedor el que debe aportar la prueba de lo contrario. Siendo por tanto, carga de la prueba del acreedor, la concurrencia de alguno de los supuestos excepcionados en el artículo 487 TRLC”.

El Auto 396/2024, de 5 de septiembre, del Juzgado de lo Mercantil n.º1 de Murcia, en su fundamento jurídico primero, dispone que: *“Si bajo la regulación anterior la prueba de la buena fe correspondía al deudor, ahora, como adelantaba, la buena fe se presume, y esas circunstancias, en tanto hechos impeditivos, incumbe su alegación y acreditación a los acreedores, invirtiéndose así la carga probatoria, y ello por cuanto la exoneración se concibe ahora como un Derecho y no como algo excepcional, de ahí que ya no quepa hablar de beneficio.*

(...)

No alegándose ni probándose por ninguno de los acreedores la concurrencia de algunas de las excepciones del artículo 487.1 del TRLC, que excluyen la buena fe del deudor, procede conceder al concursado la exoneración del pasivo insatisfecho.

(...)

Tras la reforma efectuada en el TRLC por Ley 16/2022 la no exonerabilidad ya no se refiere a deudas con privilegio especial, sino que se refiere a deudas con garantía real, entre las que no se encuentra la deuda derivada de un contrato de financiación con reserva de dominio, ello sin perjuicio de que R.C.I BANQUE, S.A. Sucursal en España siga ostentado los derechos que sobre el bien objeto del contrato puedan derivarse de este y de la reserva de dominio inscrita en el RBM, que podrá ejercitar al margen del presente concurso”.

Conforme establece el Auto 203/2024, de 2 de septiembre, del Juzgado de Primera Instancia n.º7 de Vitoria-Gasteiz, en su fundamento jurídico cuarto: *“La exigencia de buena fe significa que el comprador concursado no podrá hacer suyo el bien vendido sin pagar la deuda. En virtud del pacto de reserva de dominio el bien en realidad no es del deudor concursado, el vendedor se reserva la titularidad del bien hasta el momento en que el comprador abone en su integridad el precio pactado. De este modo, durante la fase de pendencia de la condición, el comprador es titular de un derecho expectante dotado de protección jurídica ex artículo 1121 CC, por lo que no es una mera esperanza de adquirir, sino que se trata de una condición que depende de que pague el precio, algo que nadie le puede impedir”.*

El principio de buena fe es un principio general de Derecho que inspira todo el ordenamiento jurídico (véase artículo, 7.1 CC *“los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”*).

No cabe pretender la exoneración del pasivo insatisfecho derivada de los contratos de venta a plazos con pacto de reserva de dominio, si no se vincula formalmente —dentro del procedimiento concursal— a la devolución del bien. Si el comprador-deudor del precio aplazado no se compromete a seguir pagando la deuda o a devolver el bien, el juez del concurso no debe proclamar la exoneración de la deuda, aunque sea por insuficiencia de la masa activa.

Lo contrario sería contrario a la buena fe y produciría un enriquecimiento injusto en perjuicio del vendedor-financiado. El enriquecimiento injusto o sin causa se produce cuando una parte obtiene una ventaja patrimonial con el correlativo empobrecimiento de la otra parte, sin que exista una causa que justifique tal desplazamiento patrimonial.²²

8. ACCIONES DEL VENDEDOR EN CASO DE EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO

La jurisprudencia más reciente niega que sean excepción a la exoneración del pasivo insatisfecho las deudas derivadas de los contratos de venta a plazos y financiación al comprador o vendedor, aunque esté garantizada con reserva de dominio, por no constituir la reserva de dominio un derecho real.

Como indica la Sentencia 246/2023, del 1 de diciembre, del Juzgado de Primera instancia de Logroño. Sección 6, en su fundamento jurídico segundo: *“a pesar de que el crédito no puede beneficiarse de la condición de crédito no exonerable —al no mencionarse dentro de la enumeración del artículo 489.1 TRLC—, ello no puede suponer, para el deudor exonerado, la automática transferencia de dominio del bien sobre el que pesa la reserva (cuando no se ha atendido el pago de la totalidad del importe que se hubiera pactado con el vendedor o el financiador) (...)”*

En caso de exoneración del pasivo insatisfecho quedará extinguida la deuda derivada del contrato de venta a plazos, y no cabrá ejercitar acción de ejecución ni de recuperación por impago. De ahí que el juez del concurso deba supeditar la exoneración a la devolución del bien.

Pero el deudor está obligado a devolver el bien comprado a plazos cuyo precio no se ha satisfecho, de manera que, si no lo hace después de requerido para ello por el vendedor tendrá las siguientes acciones:

- a) resolver automáticamente el contrato ex artículo 1505 CC.
- b) pedir la revocación de la exoneración decretada en el concurso. El artículo 493.1 TRLC permite tal revocación por ocultación de bienes por el deudor, lo que ocurriría si se exonerara la deuda sin devolución del bien, esto es, apropiándose contra las exigencias de la buena fe, enriqueciéndose el deudor de manera injusta.
- c) en relación al Registro de Bienes Muebles, la reserva de dominio inscrita en favor del vendedor permitirá a este, acreditando la resolución judicial en el concurso expreso por la que se declara la exoneración del pasivo insatisfecho, solicitar la cancelación de los derechos inscritos en el Registro en favor del comprador, incluso aunque hubiera cargas posteriores pues éstas también habrán quedado canceladas.

Lo que no podrá hacer es sacar el bien de la masa del concurso del deudor, aunque sí tendrá un privilegio real para su cobro si existen bienes suficientes. Si no los hay, y se declara el cierre del concurso por insuficiencia de masa activa, el acreedor no podrá hacer efectivo su crédito pues se declaran exonerables. Hoy en día la excepción a la exoneración no se basa en el carácter privilegiado del crédito, sino en su condición de derecho real, y ya se ha estudiado en la naturaleza jurídica de la reserva de dominio, que no es un verdadero derecho real.

Según la literalidad del artículo 489.1. 8.º TRLC, sólo participan de la condición de pasivo no exonerable las deudas con garantía real y hasta el límite del privilegio especial. Por tanto, sí podrán exonerarse otros créditos a los que el artículo 270 TRLC atribuye la condición de créditos con privilegio especial, pero no cuando este privilegio no trae causa en la constitución de una garantía real. Así sucede, específicamente, con los créditos por contratos de arrendamiento financiero o de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, a los que el artículo 270.4.º TRLC asigna la clasificación de privilegiados especiales sobre los bienes arrendados o vendidos con pacto de reserva de dominio, pero este privilegio no tiene su origen en la existencia de una garantía real.

Aunque tiene carácter privilegiado el crédito procedente de estos contratos de financiación no puede beneficiarse de la condición de crédito no exonerable, pues no se menciona dentro de la enumeración del artículo 489.1 TRLC.

Pero como se ha visto, ello no puede suponer, para el deudor exonerado, una automática adquisición de la titularidad del bien sobre el que pesa la reserva (cuando no se ha atendido el pago de la totalidad del importe que se hubiera pactado con el vendedor o el financiador).

El vendedor/financiador además tiene derecho a exigir que antes de que se declare la exoneración por pasivo insatisfecho, esta se condicione a la devolución del bien financiado, cuya deuda se extingue.

También podrá obtener copia de la resolución judicial del pasivo insatisfecho, y requerir al comprador a la devolución del bien que pertenece al vendedor o financiador. Si no lo hace puede instar registralmente (tanto en el Registro de Bienes Muebles como a través de este en el Registro de Tráfico) la cancelación de los derechos del comprador.

También podrá ejercer la acción del 16 LVPBM, que había quedado suspendida por efecto del concurso ya finalizado.

En definitiva, en los concursos sin masa, donde no se realiza la liquidación, el deudor puede pedir la exoneración de pasivo insatisfecho. Aunque el contrato de financiación con reserva de dominio podría estar incumplido al momento de la declaración de concurso, este tipo de crédito no tiene la naturaleza de pasivo no exonerable. Por tanto, si el deudor obtiene la exoneración, dicha deuda quedará extinguida, y el acreedor no podrá reclamar su cobro (artículo 490 TRLC).

Sin embargo, la exoneración de la deuda no implica que el deudor adquiera la propiedad del bien sujeto a reserva de dominio, a menos que pague la totalidad del precio aplazado. Mientras el precio no sea abonado en su totalidad, el deudor no adquiere el título de propiedad sobre el bien. De ahí que lo que nunca podrá hacer el registrador de bienes muebles es cancelar la reserva de dominio por la mera resolución del juzgado de lo mercantil que acredite la exoneración del pasivo insatisfecho, pues esta extingue la deuda, pero en nada afecta a la reserva de dominio en favor del vendedor/financiador.

El principio de accesoriedad no juega al no tratarse de un derecho real de garantía, como pudiera ocurrir en la prenda. Ya se ha demostrado en el trabajo, con base jurisprudencial, que la reserva de dominio no es derecho real, y por eso no se excepciona del juego de la exoneración de la deuda.

9. LA POSIBLE REGULACIÓN DE ESTA MATERIA EN LOS MODELOS OFICIALES DE VENTA A PLAZOS

Como se ha visto, el pacto de reserva de dominio inscrito en el Registro de Bienes Muebles atribuye al vendedor, en caso de impago, entre otras acciones, la facultad de resolución del contrato, y de restitución del bien ex artículo 1123 CC, todo ello con eficacia *erga omnes*.

En caso de acreditarse el impago por parte del deudor (como ocurre por definición al producirse la resolución judicial de exoneración de pasivo insatisfecho en los concursos exprés), podrá cancelarse los derechos inscritos a favor del comprador, previo requerimiento de pago no atendido.

Normalmente esto se realizará por vía judicial si nada se ha pactado. Pero nada impide que se regule convencionalmente la facultad de resolución de manera extrajudicial. Por eso las entidades de financiación deberían regular esta materia en los modelos contractuales, sometiendo a aprobación de la DGSJFP del MJUS la cláusula autorizatoria en los modelos oficiales de los contratos de venta a plazos y financiación a vendedor y comprador, para cancelar unilateralmente por el financiador los derechos del comprador, en caso de exoneración de pasivo insatisfecho, si no hay devolución del vehículo financiado.

10. CONCLUSIONES

- I. La reserva de dominio en los contratos de venta a plazos de bienes muebles constituye una condición suspensiva de la transmisión de la propiedad para el caso de pago del precio aplazado.

- II. El pacto de reserva de dominio implica una doble situación jurídica: por una parte, y desde el lado del comprador, éste adquiere con la posesión de la cosa, el goce de ella, pero carece en absoluto de poder de disposición o facultad transmisiva (voluntaria o forzosa) de la misma a un tercero, por lo que si, antes de haber completado el pago, dispone voluntariamente de ella o se ve forzado a tal transmisión (a virtud del procedimiento de apremio promovido contra él por sus propios acreedores), el vendedor, con base en el citado pacto de reserva de dominio, podrá ejercitar las acciones procedentes (reivindicatoria o tercería de dominio, según los casos) para obtener la recuperación de dicha cosa, siempre que el principio protector de la fe pública registral —artículo 34 de la LH— no se oponga a ello. Esta eficacia frente a terceros adquirentes no se da si la garantía no está inscrita en el Registro de Bienes Muebles. El vendedor con pacto de reserva de dominio inscrito conserva la propiedad formal del bien financiado. Las dos titularidades son objeto de publicidad registral al inscribirse el contrato de venta/financiación a plazos, tanto la situación jurídica del comprador, como la reserva de dominio a favor del vendedor.
- III. Este pacto tiene una función de garantía, pero no constituye un derecho real sobre bien ajeno.
- IV. Al pacto de reserva de dominio no le afecta la prohibición de pacto comisorio (artículo 1859 CC). Más bien, constituye una excepción a esta prohibición, de manera que supone el reconocimiento en favor del vendedor de recuperar plenamente el bien resolviendo automáticamente el contrato en caso de impago de la deuda (artículo 1505 CC) con eficacia *erga omnes* si el pacto está inscrito en el Registro de Bienes Muebles.
- V. La reserva de dominio (si se pacta expresamente) y la prohibición de disponer siempre (es contenido obligatorio del contrato) operan si se ha pactado el contrato de venta a plazos y tienen eficacia frente a terceros como consecuencia de la inscripción. La prohibición de disponer se aparta así de la regla general de que las prohibiciones legales tienen eficacia sin necesidad de inscripción (véase artículo 26 de la ley hipotecaria), pues aun siendo cierto que es una prohibición impuesta en la ley, es la propia ley la que subordina a la inscripción en el Registro de Bienes Muebles su eficacia frente a terceros.
- VI. El pacto de reserva de dominio para tener efectos entre partes no necesita estar inscrito en el Registro de Bienes Muebles, pero la inscripción le dota de las siguientes ventajas:

- a) Le atribuye eficacia “*erga omnes*”, de esta manera, en caso de resolución, será oponible el pacto de reserva de dominio frente a cargas anotadas o inscritas con posterioridad;
 - b) Atribuye al crédito garantizado privilegio especial en caso de concurso del comprador (artículo 270 TRLC); y
 - c) Atribuye al vendedor la acción especial de recuperación (artículo 16 LVPBM) aunque queda suspendida temporalmente en caso de concurso.
- VII. El pacto de reserva de dominio no confiere al vendedor derecho de separación *ex iure domini* en la masa del concurso, pues el comprador tiene derecho de uso sobre el bien mientras esté al corriente en el pago del bien. En esto el TRLC ha modificado lo que aún dispone expresamente la LVPBM. Pero en caso de finalización de la liquidación el vendedor recobra la facultad de recuperación del bien en caso de impago.
- VIII. En los concursos exprés sin masa, en los que el deudor queda exonerado del pasivo insatisfecho, la deuda con el vendedor o financiador quedará extinguida, pero el vendedor tiene derecho a recuperar el bien de manera inmediata, resolviendo automáticamente el contrato, bien judicialmente o bien extrajudicialmente si se ha regulado así convencionalmente.
- IX. La reserva de dominio, a diferencia de la prenda sin desplazamiento de vehículos, no impide que la deuda pueda ser exonerada del pasivo insatisfecho en los concursos sin masa, según la mayoría de la jurisprudencia recogida en este trabajo. No le es aplicable el artículo 489.8 TRLC pero el comprador/financiado tiene obligación de devolución del bien financiado.
- X. Debe procurarse la personación de las entidades de financiación en los concursos exprés, una vez que se conoce de los mismos por el Registro Público concursal para solicitar que la exoneración del pasivo insatisfecho, en base al principio general de Derecho de buena fe (artículo 7.1 CC), quede condicionada a la devolución del bien financiado, salvo que el deudor quiera continuar en el cumplimiento del pago aplazado, en cuyo caso esta deuda no será exonerada.
Al mismo tiempo, en caso de falta de devolución del bien, la entidad vendedora/financiadora deberá solicitar la revocación de la exoneración de pasivo insatisfecho, por aparición de nuevos bienes en el deudor (lo que ha adquirido injustamente y contrariamente a la buena fe).
- XI. El vendedor con reserva de dominio, con la resolución del juzgado de lo mercantil que acredite la exoneración del pasivo insatisfecho, tiene derecho a cancelar en el Registro de Bienes Muebles, y por ende en el Registro de Tráfico, la compraventa inscrita en favor del comprador.

Si hay acreedores con derechos posteriores, la declaración de exoneración de pasivo insatisfecho conllevará la cancelación de todos ellos. Para facilitar la cancelación registral de los derechos del comprador en el Registro de Bienes Muebles y en el Registro de Tráfico, convendría prever esta consecuencia en los modelos oficiales de compraventa a plazos, sometiéndolo a aprobación por la DGSJFP.

- XII. Lo que nunca podrá hacer el registrador de bienes muebles es cancelar la reserva de dominio por la mera resolución del juzgado de lo mercantil que acredite la exoneración del pasivo insatisfecho, pues esta extingue la deuda, pero en nada afecta a la reserva de dominio en favor del vendedor/financiador. El principio de accesoriedad no juega al no tratarse de un derecho real de garantía.

11. PRINCIPALES ABREVIATURAS Y SIGLAS

- Código Civil (en adelante, “CC”).
- Ley Hipotecaria (en adelante, “LH”).
- Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles (en adelante, la “LVPBM”).
- Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo (en adelante “LCCC”).
- Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe pública del Ministerio de Justicia (en adelante “DGSJFP”, anteriormente denominada Dirección General de los Registros y del Notariado).
- Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (en adelante “TRLR”))
- Artículos 483 a 485 de la Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (en adelante, “Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra”).
- Orden de 19 de julio de 1999 por la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles (en adelante, la “Ordenanza del Registro”).
- Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (en adelante, la “Ley por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales”).
- Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión (en adelante “LHMPS”).
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, “LEC”).

- Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (en adelante, “Directiva sobre reestructuración e insolvencia”).
- Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) sobre reestructuración e insolvencia (en adelante “Ley 16/2022 de reforma del TRLC para la transposición de la Directiva (UE)”).

12. LEGISLACIÓN

- Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles
- Código Civil
- Ley Hipotecaria
- Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo
- Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre
- Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación
- Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios
- Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal
- Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, aprobada por la Ley 1/1973 de 1 de marzo
- Reglamento de Bienes Muebles aprobado por la Disposición adicional única del Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación
- Orden del Ministerio de Justicia de 19 de julio de 1999 por la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles
- Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales
- Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión

- Real Decreto de 22 de septiembre de 1917 estableciendo el crédito mobiliario agrícola sobre la prenda sin desplazamiento y creando el warrant
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
- Ley 2/1962, de 14 de abril, sobre bases de Ordenación del Crédito y la Banca
- Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre Venta de Bienes Muebles a Plazos
- Ley 19/1989, de 25 de julio, de Reforma Parcial y Adaptación de la Legislación Mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de Sociedades
- Ley 6/1990, de 2 de julio, sobre modificación de la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre Venta de Bienes Muebles a Plazos
- Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Vehículos de Motor
- Decreto 2114/1968, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley sobre Viviendas de Protección Oficial
- Ley 9/2015, de 25 de mayo de medidas urgentes en materia concursal
- Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132
- Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) sobre reestructuración e insolvencia

13. RESOLUCIONES

- STS 1989/3778 de 19 de mayo
- STS 2003/6498, de 4 de octubre
- SST de 1 de diciembre de 1987, [RJ 1987/9172]
- STS 924/2003, de 14 de octubre, [RJ 2003/6498]
- STS de 12 de marzo de 1993
- STS 321/2007, 16 de marzo de 2007
- Sentencia 246/2023, del 1 de diciembre, del Juzgado de Primera instancia de Logroño, Sección 6, fundamento jurídico segundo
- Sentencia 63/2024 de 28 de mayo, del Juzgado de lo Mercantil Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Donostia-San Sebastián, dictada en el Procedimiento 372/2023

- Auto 203/2024 Juzgado de Primera Instancia número 7 de Vitoria-Gasteiz 2 de septiembre de 2024
- Resolución DGSJFP de 10 de enero de 2018
- STS de 20 junio de 2000
- STS de 16 marzo de 2007
- Resolución DGSJFP de 7 de octubre de 2019
- Sentencia 20 de noviembre de 2023 del Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Alicante, Procedimiento 1/2023
- Auto 194/2023, de 9 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil de A Coruña, Sección 1
- SAP de Girona 522/2022, de 15 de julio, [JUR 2022\289268];
- SAP de Baleares de 25 de junio de 2021, [JUR 2021, 281599];
- SAP de Valladolid 149/2022, de 10 de marzo, [JUR 2022\184328]
- SAP de Cantabria de 20 de mayo de 2022
- SAP de Valencia de 15 de febrero y 1 de marzo de 2022
- SAP de Oviedo de 20 de abril de 2022
- SAP de A Coruña 484/2022, de 6 de julio, [JUR 2022\304628]
- Auto 131/2024, de 20 de junio, del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de onostia-San Sebastián
- *AJM Murcia n.º 2 de 22 de marzo de 2023*
- Sentencia 63/2024 de 28 de mayo, del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Donostia-San Sebastián, dictada en el Procedimiento 372/2023
- Auto 396/2024, de 5 de septiembre, del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Murcia, en su fundamento jurídico primero
- Auto 203/2024, de 2 de septiembre, del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Vitoria-Gasteiz, en su fundamento jurídico cuarto
- Sentencia 246/2023, del 1 de diciembre, del Juzgado de Primera instancia de Logroño. Sección 6, en su fundamento jurídico segundo

14. BIBLIOGRAFÍA

- ABRIL CAMPOY, J.M. (2011) *La atribución del riesgo al comprador – La máxima periculum est emptoris y su ámbito de aplicación*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1947) La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Vol. I, 409-500..
- ALGABA ROS, S. (2013) La compraventa de bienes inmuebles con reserva de dominio. en Cañizares Laso (coord.). *Perspectivas actuales del Derecho de garantías*, 17-58. Pamplona.
- ALONSO PÉREZ, M. (1972) *El riesgo en el contrato de compraventa*. Madrid: Montecorvo.

- AMORÓS GUARDIOLA, M. (1972) El pacto de reserva de dominio en los bienes inmuebles. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 488, enero-febrero, 9-41. Citado en GÓMEZ GÁLLIGO (2009) *Antología de textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, II. Pamplona, 2881-2908.
- *El leasing financiero inmobiliario a plazos o venta a plazos*, El Fisco <http://elfisco.com/articulos/revista-no-170-leasing-financiero-inmobiliario-a-plazos-o-venta-a-plazos>
- ANDREU MARTÍNEZ, M.B. (2009) *La reserva de dominio en el concurso*. Granada.
- APALATEGUI, P. (1941) El pacto de reserva de dominio: Su naturaleza jurídica. *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, núm. 4-5, 26-46.
- ARANA DE LA FUENTE, I. (2014) *Sobre la propiedad en función de garantía en VVAA*. Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel. Tomo I, 309-352. Pamplona: ed. Thomson Reuters Aranzadi.
- ARCOS VIEIRA, M. L. (2013) Reservas de dominio sobre inmuebles. *Tratado de la compraventa, homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, 615-621. Pamplona.
- ATAZ LÓPEZ, J. (1992) Comentario a la STS de 10 de diciembre de 1991. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 28, enero-marzo, 123-133.
- BARRALDO ORELLANA, R. (1999) Aproximación al pacto de reserva de dominio según la Ley 28/1998, de Venta a Plazos de Bienes Muebles. *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 82, 272-298.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1971) *La cláusula de reserva de dominio: Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles*. Madrid: Moneda y Crédito.
- BISCARDI, A. (1962) La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali. *Studi in onore di Emilio Betti*, II, 573-589. Milán.
- BLANCO GASCÓ, F. de P. (2000) *Las ventas a plazos de bienes muebles*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CABALLERO LOZANO, J. M. (2001) La prohibición de disponer en la venta a plazos de bienes muebles. *La Ley*, 2001-2, 1620-1628.
- CABANILLAS GALLAS, P. (1965) Defensa en Cortes del Proyecto de Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 448, septiembre-octubre, 1139-1152.
- CAFFARENA LAPORTA, J. *Genus nunquam perit*. *ADC*, 1982-2, 291-354.
- CAMACHO DE LOS RÍOS, FJ, ESPIGARES HUETE, JC, VELASCO FABRA, G. (directores), *Análisis crítico de los derechos de garantía en el tráfico mercantil*, Aranzadi 2021
- CANDIL Y CALVO, F. (1915) *Pactum de reservati dominio*. Madrid: Imprenta Ibérica.
- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I. (2001) *La reserva de dominio*. Barcelona.
- CARO GÁNDARA, R. (2018) La reserva de dominio como garantía funcional del comercio internacional: su eficacia en España. *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, núm. 36, 1-46.
- CARRASCO PERERA, A. (2005) Morosidad y reserva de dominio. *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 663, abril, 3.

- (2009). *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, 3.ª edición. Madrid: Thomson Reuters Civitas.
- (2012). Reservas de dominio sobre universalidades de bienes (stocks de vehículos) destinados a la reventa al público. A propósito de la resolución de la DGRN de 5 de junio de 2012. *Diario La Ley*, núm. 7964, 881-886.
- CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y MARÍN LÓPEZ, M.J. (2015) *Tratado de los derechos de garantía*, II. Pamplona.
- CASAS VALLÉS, R. (1986) La reserva de dominio en la venta de inmuebles: Apuntes sobre su naturaleza jurídica a la vista de algunas sentencias del Tribunal Supremo. *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 85, núm. 3, 605-648.
- CECCHINI ROSELL, X. (2002) *La obligación de transmitir la propiedad en el contrato de compraventa*. Valencia: ed. Tirant lo Blanch.
- CLARET, P. (1930) El contrato de compraventa con reserva de dominio según la legislación y jurisprudencia española. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 79, núm. 156, 516-520.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (1983) El proyecto de Convención europea sobre la reserva de dominio simple. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 556, 561-580.
- DE VERDA Y BEAMONTE. J. R. (2009) El pacto de reserva de dominio en el artículo 4.1 de la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de junio de 2000 (A propósito de la STJCE de 26 de octubre de 2006). *Noticias de la Unión Europea*, núm. 290, 3-15.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2008) *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*. Tomo III. 5.ª ed. Madrid: Thomson Civitas.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2013) *Sistema de Derecho civil*, II-2. Madrid: (s.n.)
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A. (1991) Sobre el pacto de reserva de dominio (a propósito de la Sentencia de 19 de mayo de 1989). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 602, 9-42.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A. (2013) Reservas de dominio no inscritas, en Carrasco Perera (dir.). *Tratado de la compraventa, homenaje a Rodrigo Bercovitz*, 607-614. Pamplona: (s.n.)
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2006) *La reserva de dominio inmobiliaria en el concurso*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- (2008) La eficacia de la reserva de dominio inmobiliaria. *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 20, 321-333.
- (2009) La reserva de dominio mobiliaria en el concurso del comprador: Comentario a la Sentencia núm. 592/2007, de 19 de diciembre, del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao (AC 2007, 2068). *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 23, 331-341.
- (2024) ESPEJO LERDO DE TEJADA, “La tercería de dominio y el sistema español de transmisión de los derechos reales”, *Notario siglo XXI*, revista 54
- FEBRERO, J. *Librería de Escribanos*. Parte primera, II, Madrid, 1789; y parte segunda, III-2, Madrid, 1790.

- FERNÁNDEZ-ESPINAR, G. (1996) Acotaciones a una delimitación de la naturaleza jurídica y la vinculación contractual de las partes contratantes en la compraventa a plazos con reserva de dominio. *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 19, 121-148.
- GARCÍA RIPOLL MONTIJANO, M. (2013) Reserva de dominio en venta a plazos de bienes muebles, en VVAA. *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz* —dir. Carrasco Perera—. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 597-606.
- GARCÍA SOLÉ, F. (1999). *Comentarios a la Ley de Venta a plazos de bienes muebles*. Madrid: Civitas.
- GARCÍA SOLÉ y GÓMEZ GÁLIGO, F.J. “Derecho de los Bienes Muebles”, Marcial Pons, 2020.
- GARCÍA-VILLARUBIA, M. y SOBEJANO, D. (2018) La reserva de dominio en el concurso de acreedores. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 29, 253-264.
- GARRIGUES, J. (1961) Estudios sobre el contrato de compraventa mercantil. *Revista de Derecho mercantil*, vol. XXXI, núm. 80, abril-junio, 265-317.
- GALICIA AIZPURÚA, G. (2014) *Fiducia, leasing y reserva de dominio*. Madrid: Reus.
- GÓMEZ GÁLIGO, F. J. Venta en la que no se transmite el dominio hasta el cumplimiento de la condición suspensiva de pago del precio. *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 50 bis, págs. 125 a 127.
- (1990) Inscripción de condición resolutoria en garantía de precio aplazado. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 613, 2492 a 2494.
- GORDON, W. (1970) *Studies in the transfer of Property by tradition*. Aberdeen.
- GUTIÉRREZ JEREZ, L. J. (2009) *Transmisión de la propiedad y contrato de compraventa*. Madrid: ed. Reus.
- (2006) Las características definitorias de la naturaleza jurídica del contrato de compraventa. *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, tomo I, 475-495. Madrid: Centro de Estudios.
- HEVIA BOLAÑOS, J. (1725) *Curia Filipica*, tomo 2. Madrid: (s.n.)
- JEREZ DELGADO, C. (2004) Tradición y Registro. *Cuadernos de Derecho Registral*. Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- (2006) Eficacia de una escritura pública de venta cuando la propiedad es claudicante. *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, tomo II, 2469-2501. Madrid: Centro de Estudios.
- JORDANO FRAGA, F. (1989) Comentario a la STS de 4 de marzo de 1988. *Anuario de Derecho Civil*, IV, 1349-1365.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (1986) *Elementos de Derecho civil, II-3*. Barcelona: (s.n.)
- LACRUZ, J.L., y SANCHO, F. (1984) *Elementos de Derecho civil, III bis*. Barcelona: (s.n.)
- LEGERÉN-MOLINA, A. (2019) Reserva de dominio y derechos del comprador. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 777, 261 a 305.
- LEVY, E. (1951) *West Roman Vulgar Law*. Philadelphia: (s.n.)
- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2003) Comentario a la STS de 30 de diciembre de 2002. *CCJC*, núm. 63, 953-967.

- (2006). Comentario a la STS de 5 de mayo de 2005. *CCJC*, núm. 70, 427-455.
- (2015). Eficacia, régimen concurrencial y realización de la reserva de dominio sobre bienes muebles, en CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los Derechos de garantía*. Tomo II, 435-513. 3.ª edición. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (1988) *Las ventas a plazos de bienes muebles*. Madrid: Tecnos.
- MARTÍNEZ ROSADO, J. (2003) Consideraciones en torno a modernas figuras de garantía: las reservas de dominio complejas. *Revista de Derecho Privado*, núm. 87, 4, 461-506.
- (2005) *La compraventa a plazos de bienes muebles con reserva de dominio en el concurso*. Madrid.
- MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, J. (1996) La condición suspensiva o la reserva de dominio en las compraventas: Sus secuelas fiscales. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 5, 1495-1497.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. (1993) *Comentario al artículo 464*, en Ministerio de Justicia, *Comentario del Código civil*, I, 1240-1249. Madrid.
- (2011) La transmisión de la propiedad y la autonomía privada, *Revista jurídica española La Ley*, 802-806.
- (2012) La reserva de dominio, en Bosch Capdevila (dir.), *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*, 139-224. Barcelona.
- MIQUEL, J. M. (2007) La reserva de dominio, en VVAA. *Historia de la propiedad. Crédito y garantía*. 523-599. Madrid: Servicio de estudios del Colegio de Registradores
- (2012). La reserva de dominio, en VVAA. *Nuevas perspectivas del Derecho contractual* —dir. Bosch Capdevila—139-224. Barcelona: Bosch.
- MONTÁNCHÉZ RAMOS, M. (2004) Inscribibilidad de la venta con reserva de dominio. *Libro Homenaje al profesor Manuel Albadalejo García*. Madrid: Centro de Estudios. Tomo II, 3335 a 3349.
- (2006) *Algunas reflexiones respecto del pacto de reserva de dominio*. Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- MONTES PENADÉS, V. L. (1989) Comentarios al artículo 1113 del Código Civil, en VVAA. *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales* —dirigidos por ALBALADEJO— Tomo XV, Vol. I, 988-1038. Madrid: Edersa.
- OCAÑA GÁMIZ, J. (2016) *La eficacia frente a tercero de los derechos reales y de crédito*. Granada: (s.n.)
- OCAÑA RODRÍGUEZ, A. (2001) *Garantía de la venta a plazos y contrato de leasing conforme a la nueva LEC*. Madrid: La Ley.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2006) La reserva de dominio como instrumento de lucha contra la morosidad en la Directiva 2000/35/CEE (LCEur 2000, 2084) y en la Ley 3/2004 (RCL 2004, 2678). *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 16, 93-119.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1999, 2001) *Derechos reales, Derecho hipotecario*. Tomo II. Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- PÉREZ GURREA, R. (2011) La transmisión de dominio en la compraventa: el pacto de reserva de dominio. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 724, 1143-1159.

- PINO ABAD, M. (2015) La cláusula de reserva de dominio en los contratos de venta de bienes muebles con precio aplazado, en VVAA, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz, 1720-1739*. Madrid: Universidad Carlos III.
- QUICIOS MOLINA, S. (2009) *Efectos de las garantías reguladas por la ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles en caso de incumplimiento del comprador y concurrencia de acreedores*. Cizur Menor: Thomson Reuters.
- RIVERA FERNÁNDEZ, M. (1993). *La posición del comprador en la venta a plazos con pacto de reserva de dominio*. (s.l.). Tirant lo Blanch.
- (2001). Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (DO núm. L 200 de 8 de agosto de 2000). *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 6, 519-525.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, B. (2020) La reserva de dominio: naturaleza y efectos sobre muebles e inmuebles, *Anuario Derecho Civil* tomo LXXIII, 2020, fasc. II, pp. 491-558
- RUBIO TORRANO, E. (2000) La morosidad en operaciones comerciales: nueva Directiva comunitaria. *Aranzadi Civil*, 2000-II, 2232-2233.
- SANCIÑENA ASURMENDI, C (2003) La disposición forzosa de los bienes vendidos con reserva de dominio, *Estudios en homenaje al profesor Díez-Picazo*, III, 4299-4314. Madrid: (s.n.)
- TORRES LANA, J. A. (1975) Notas críticas a la Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos. *Revista de Derecho Privado*, Tomo LIX, 601-635.

NOTAS

¹ Según el artículo 4 de la LVPBM: “Tendrán la consideración de contratos de préstamo de financiación a vendedor:

a) Aquéllos en virtud de los cuales éste cede o subroga a un financiador en su crédito frente al comprador nacido de un contrato de venta a plazos con o sin reserva de dominio.

b) Aquéllos mediante los cuales dicho vendedor y un financiador se conciertan para proporcionar la adquisición del bien al comprador contra el pago de su coste de adquisición en plazo superior a tres meses.

Tendrán la consideración de contratos de préstamo de financiación a comprador, aquéllos configurados por vendedor y comprador, determinantes de la venta sujeta a esta Ley y en virtud de los cuales un tercero facilite al comprador, como máximo, el coste de adquisición del bien a que se refiere esta Ley, reservándose las garantías que se convengan, quedando obligado el comprador a devolver el importe del préstamo en uno o varios plazos superiores a tres meses”.

² La Disposición adicional única, apartado 6, del Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por la que se crea el Registro de Bienes Muebles, dispone: “En lo demás no previsto se estará, en cuanto sea aplicable, a lo dispuesto en la Ordenanza del Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, el Reglamento del Registro Mercantil y el Reglamento Hipotecario”.

³ El artículo 464 CC establece: “La posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe equivale al título”, no siendo aplicable en caso de inscripción de la reserva de dominio en el Registro de Bienes Muebles, como se verá más adelante.

⁴ “En las relaciones internas entre vendedor y comprador, aquél conservará la propiedad de los bienes vendidos hasta el pago total del precio, siempre que se haya convenido expresamente una cláusula de reserva de dominio entre comprador y vendedor antes de la entrega de los bienes.

Sin perjuicio de la aplicación del artículo 1.112 CC, el vendedor podrá subrogar en su derecho a la persona que, mediante la realización de anticipos, financiación o asunción de la obligación, realiza la contraprestación por cuenta del deudor o permite a este último adquirir derecho sobre el objeto de la reserva de dominio o utilizarlo cuando dicha contraprestación se destina, efectivamente, a ese fin.

Entre las medidas de conservación de su derecho, el vendedor o el tercero que haya financiado la operación podrá retener la documentación acreditativa de la titularidad de los bienes sobre los que se haya pactado la reserva de dominio”.

⁵ Sobre las distintas teorías sobre la naturaleza jurídica de la reserva de dominio véase RODRÍGUEZ-ROSADO, B. (2020) *La reserva de dominio: naturaleza y efectos sobre muebles e inmuebles*, Anuario Derecho Civil tomo LXXIII, 2020, fasc. II, pp. 491-558 y su excelente bibliografía que hemos recogido parcialmente en este trabajo.

⁶ DÍEZ-PICAZO, L. En sus *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*. Tomo II, Tecnos, en su edición de 1978, página 711, admite que la facultad de disposición pueda corresponder a persona distinta del titular del derecho. Quizás esta primera aproximación, más que su posterior estudio específico en sus ediciones posteriores, nos aproxima mejor a la idea de la reserva de dominio.

⁷ MONTES PENADÉS, V. L. (1989) Comentarios al artículo 1113 del Código Civil, en VVAA. Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales —dirigidos por ALBALADEJO—. Tomo XV, Vol. I, página 1031. Considera este autor que el pacto de reserva de dominio es una condición resolutoria en garantía del pago de precio, y lo considera inscribible en el Registro de la propiedad

⁸ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (2001) Derechos reales, Derecho hipotecario. Tomo II, página 395 de su edición de 1999. Según este autor el pacto de reserva de dominio equivale a la condición resolutoria explícita en garantía del pago del precio, pues el comprador no tiene una mera titularidad expectante sino que tiene un poder efectivo aunque resoluble, limitado sólo por la titularidad preventiva que, con fines de garantía, retiene el vendedor.

⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1971) *La cláusula de reserva de dominio: Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles*. Página 43 y siguientes.

¹⁰ CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y MARÍN LÓPEZ, M.J. (2015) *Tratado de los derechos de garantía*, II, página 656. Considera que esta sentencia derrumba el postulado de que la reserva de dominio como garantía solo resulta admisible en la ley 29/1998 y con el debido condicionamiento a su inscripción en el RBM.

¹¹ ESPEJO LERDO DE TEJADA, “*La tercera de dominio y el sistema español de transmisión de los derechos reales*”, *Notario siglo XXI*, revista 54, <https://www.elnotario.es/247-hemeroteca/revistas/revista-54/3698-la-tercera-de-dominio-y-el-sistema-espanol-de-transmision-de-los-derechos-reales>

¹² AMOROS GUARDIOLA, *El leasing financiero inmobiliario a plazos o venta a plazos*, El Fisco

<http://elfisco.com/articulos/revista-no-170-leasing-financiero-inmobiliario-a-plazos-o-venta-a-plazos>

¹³ Véase artículo 8 de la Convención de UNIDROIT sobre arrendamiento financiero internacional, que define al arrendador financiero como propietario.

¹⁴ GARCÍA SOLÉ y GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. “Derecho de los Bienes Muebles”, Marcial Pons, 2020

¹⁵ La disposición final primera. Modificación de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles, añade una disposición adicional cuarta en la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles, que tendrá la siguiente redacción:

«Disposición adicional cuarta. Sección de obras y grabaciones audiovisuales.

Se crea una sección adicional en el Registro de Bienes Muebles destinada a la inscripción, con eficacia frente a terceros, de las obras y grabaciones audiovisuales, sus derechos de explotación y, en su caso, de las anotaciones de demanda, embargos, cargas, limitaciones de disponer, hipotecas, y otros derechos reales impuestos sobre las mismas, en la forma que se determine reglamentariamente.»

¹⁶ El 20 de mayo de 2000, en base a lo previsto en la propia Ordenanza del Registro, se firmó un convenio entre la Dirección General de los Registros y el Notariado con la Dirección General de Tráfico para que el Registro de Bienes Muebles Central y el Registro de Vehículos dependiente de la Jefatura Central de Tráfico constituyan una base de datos común, mediante la interconexión de sus respectivas redes telemáticas. A dicho convenio se adhirió el Consejo General del Poder Judicial el 13 de noviembre de 2000 y la Agencia Tributaria el 17 de mayo de 2001. En virtud de dicho Convenio, los Registradores Provinciales de Bienes Muebles y las Jefaturas Provinciales de Tráfico están interconectadas recíprocamente a través de aquella base de datos común, de manera que cuando se tramite la transferencia del vehículo en la Jefatura Provincial de Tráfico correspondiente, deberá ésta consultar telemáticamente, por conexión en línea, los datos de titularidad jurídica y gravámenes obrantes en el Registro de Bienes Muebles, y no practicará la transferencia cuando consten limitaciones o gravámenes que así lo impidan, o cuando consten datos de titularidad contradictorios, sin que previamente se rectifiquen los asientos de dicho Registro.

¹⁷ Sentencia 246/2023, del 1 de diciembre, del Juzgado de Primera instancia de Logroño, Sección 6, fundamento jurídico segundo.

¹⁸ Auto 203/2024 Juzgado de Primera Instancia número 7 de Vitoria-Gasteiz 2 de septiembre de 2024.

¹⁹ En efecto, del TRLC dispone en la Subsección 2.^a “De las reglas especiales para los procedimientos de ejecución de garantías reales y asimilados”:

Artículo 145: “*Efectos sobre las ejecuciones de garantías reales. 1. Desde la declaración de concurso, los titulares de derechos reales de garantía sean o no acreedores concursales, sobre bienes o derechos de la masa activa necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, no podrán iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos. 2. Desde la declaración de concurso, las actuaciones de ejecución o realización forzosa ya iniciadas a esa fecha sobre cualesquiera bienes o derechos de la masa activa quedaran suspendidas, aunque ya estuviesen publicados los anuncios de subasta*”.

Artículo 146: “*Inicio o continuación de ejecuciones de garantías reales sobre bienes o derechos no necesarios. Los titulares de derechos reales de garantía, sean o no acreedores concursales, 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 procedimiento judicial o administrativo cuya tramitación hubiera sido suspendida el testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que no son necesarios para esa continuidad. Cumplido ese requisito podrá iniciarse la ejecución o alzarse la suspensión de la misma y ordenarse que continúe ante el órgano jurisdiccional o administrativo originariamente competente para tramitarla*”.

Artículo 147: “*Declaración del carácter necesario o no necesario de bienes o derechos de la masa activa. 1. 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, cualquiera que sea la fase en que se encuentre el concurso de acreedores. 2. Las acciones o participaciones de sociedades cuyo objeto real exclusivo fuera la tenencia de un activo y del pasivo necesario para su financiación no se considerarán necesarias para la continuación de la actividad, salvo que la ejecución de la garantía constituida sobre las mismas fuera causa de modificación o de resolución de las relaciones contractuales que permitan al concursado mantener la explotación de ese activo. 3. La previa declaración del carácter necesario de un bien o derecho no impedirá que se presente por el titular del derecho real una solicitud posterior para que se declare el carácter no necesario de ese mismo bien o derecho cuando hayan cambiado las circunstancias*”.

Artículo 148: “*Fin de la prohibición de inicio o continuación de ejecuciones de garantías reales sobre cualquier clase de bienes. 1. Los titulares de derechos reales de garantía sobre cualesquiera bienes o derechos de la masa activa, sean o no acreedores concursales, podrán iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos y continuar aquellos cuya tramitación hubiera sido suspendida en los siguientes casos: 1.º Desde la fecha de eficacia de un convenio que no impida el ejercicio del derecho de ejecución separada sobre esos bienes o derechos. 2.º Desde que hubiera transcurrido un año a contar de la fecha de declaración de concurso sin que hubiera tenido lugar la apertura de la liquidación. 2. La demanda de ejecución o la solicitud de reanudación de las ejecuciones suspendidas se presentará por el titular del derecho real ante el juez del concurso, el cual, de ser procedente la admisión a trámite de la demanda o de la solicitud de reanudación, acordará la tramitación*

en pieza separada dentro del propio procedimiento concursal, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda. 3. Iniciadas o reanudadas las actuaciones ejecutivas, no podrán ser suspendidas por razón de las vicisitudes propias del concurso”.

Artículo 149: “Efectos de la apertura de la fase de liquidación de la masa activa sobre las ejecuciones de garantías reales. 1. 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 o no las hubieran iniciado transcurrido un año desde la declaración de concurso. Los titulares de garantías reales recuperarán el derecho de ejecución o realización forzosa cuando transcurra un año desde la apertura de la liquidación sin que se haya enajenado el bien o derecho afecto. 2. 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”.

Artículo 150 en relación a lo que denomina “Régimen de las acciones de recuperación” las equipara a las acciones al señalar que: “Lo establecido en los artículos anteriores será de aplicación a las siguientes acciones:

1.º A las acciones resolutorias de compraventas de bienes inmuebles por falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la propiedad.

2.º A las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos a plazos o financiados con reserva de dominio mediante contratos inscritos en el Registro de bienes muebles.

3.º A las acciones tendentes a recuperar los bienes cedidos en arrendamiento financiero mediante contratos inscritos en los Registros de la propiedad o de bienes muebles o formalizados en documento que lleve aparejada ejecución”.

Artículo 151: “Condición de tercer poseedor del concursado. La declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía real cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien o derecho objeto de esta”.

20 El artículo 16.5, segundo párrafo, de la LVPB, dispone lo siguiente: “Cuando los contratos reúnan estos mismos requisitos formales, y se hubiera inscrito la reserva de dominio pactada, en los supuestos de quiebra o concurso de acreedores no se incluirán en la masa los bienes comprados a plazos mientras no esté satisfecho el crédito garantizado, sin perjuicio de llevar a aquélla el sobrante del precio obtenido en la subasta. En los supuestos de suspensión de pagos el acreedor tendrá la condición de singularmente privilegiado, con derecho de abstención según los artículos 15 y 22 de la Ley de Suspensión de Pagos”.

²¹ El TRLC, dispone:

Artículo 270: “Créditos con privilegio especial. Son créditos con privilegio especial: 1.º Los créditos garantizados con hipoteca legal o voluntaria, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes o derechos hipotecados o pignorados. 2.º Los créditos garantizados con anticresis, sobre los frutos del inmueble gravado. 3.º Los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado. 4.º Los créditos por contratos de arrendamiento financiero o de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, a favor de los arrendadores o vendedores y, en su caso, de los financiadores, sobre los bienes arrendados o vendidos con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago. 5.º Los créditos con garantía

de valores representados mediante anotaciones en cuenta, sobre los valores gravados. 6.º Los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero. 7.º Los créditos a favor de los tenedores de bonos garantizados, respecto de los préstamos y créditos, y otros activos que los garanticen, integrados en el conjunto de cobertura, conforme al Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes, hasta donde alcance su valor”.

Artículo 271: “Requisitos del privilegio especial. 1. Los créditos a que se refieren los números 1.º a 5.º del artículo anterior deberán tener constituida la respectiva garantía antes de la declaración de concurso con los requisitos y formalidades establecidos por la legislación específica para que sea oponible a terceros, salvo que se trate de los créditos con hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores. 2. Si se tratare de prenda de créditos de la masa activa, será suficiente con que la constitución de la garantía conste en documento con fecha fehaciente anterior a la declaración de concurso. 3. Si se tratare de prenda sobre créditos futuros, será necesario que, antes de la declaración de concurso, concurren los dos siguientes requisitos: 1.º Que los créditos futuros hubieran nacido de contratos perfeccionados o de relaciones jurídicas constituidas antes de esa declaración. 2.º Que la prenda estuviera constituida en documento público o, en el caso de prenda sin desplazamiento, se hubiera inscrito en el registro público correspondiente (...)”.

²² La doctrina jurisprudencial, recogida en la reciente STS 1216/2023, de 7 de septiembre de 2023, [j 5] ha venido considerando que los requisitos para su aplicación son los siguientes: a) La adquisición de un provecho o ventaja patrimonial por parte del demandado con el correlativo empobrecimiento del actor. b) conexión entre enriquecimiento y empobrecimiento. Es necesario que entre el enriquecimiento y el correlativo empobrecimiento exista una relación o nexo causal, y c) alta de causa que justifique el enriquecimiento, bien sea un negocio jurídico traslativo o una disposición legal que lo autorice.

*Trabajo recibido el 21 de noviembre de 2024 y aceptado
para su publicación el 16 de enero de 2025*

DICTÁMENES Y NOTAS

Los MASC, tras la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia¹

Alternative Dispute Resolutions in Spanish current law

por

CARMEN JEREZ DELGADO
Catedrática de Derecho Civil UAM

RESUMEN: La irrupción en el panorama jurídico de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (LOSPJ), con su exigencia de acudir a los medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional (MASC), como requisito de procedibilidad en el orden jurisdiccional civil, unido a la previa proliferación legislativa en materia de MASC, justifica esta publicación. El presente estudio tiene por objeto presentar ordenadamente los diversos mecanismos extrajudiciales con los que cuentan los particulares para cumplir este nuevo requisito, o bien para resolver sus controversias sin necesidad de acudir a los tribunales. Esto último resulta útil cuando se trata de pequeñas reclamaciones de consumidores, o bien cuando casos idénticos ya cuentan con una solución jurisprudencial conocida en el ámbito del Derecho de consumo; Por esta razón, el legislador ya se había ocupado de facilitar a los consumidores medios específicos de solución extrajudicial de conflictos, en ocasiones incluso distinguidos sectorialmente (como es el caso de las reclamaciones por productos financieros, o ante aerolíneas). El análisis y síntesis de los diversos textos aplicables permite esquematizar los MASC que los ciudadanos, y —en particular, los consumidores— tienen a su disposición. Muchos profesionales (abogados, jueces de paz, letrados de la administración de justicia,

notarios, registradores de la propiedad, árbitros, mediadores, entre otros), están llamados a participar con ellos en estos MASC, contribuyendo así con su trabajo a aligerar la carga de los tribunales de justicia.

ABSTRACT: The appearance on the legal scene of Organic Law 1/2025, of 2 January, on measures for the efficiency of the Public Justice Service (LOSPJ), with its requirement to resort to appropriate means of non-judicial dispute resolution (ADR), as a procedural requirement in the civil jurisdictional order; together with the previous legislative proliferation in the area of ADR, justifies this publication. The purpose of this study is to put forward orderly the various out-of-court mechanisms available to individuals to comply with this new requirement, or to resolve their disputes without going to court. The latter is useful when it comes to small consumer claims, or when identical cases already have a well-known jurisprudential solution in the field of consumer law. For this reason, the legislator had already taken care to provide consumers with specific means of out-of-court dispute resolution, sometimes even distinguished by sector (as in the case of claims for financial products, or against airlines). An analysis and synthesis of the various applicable texts makes it possible to outline the ADR available to citizens and, in particular, to consumers. Many professionals (lawyers, justices of the peace, justice administration lawyers, notaries, land registrars, arbitrators, mediators, among others), are called upon to participate with them in these ADRs, thus contributing to lightening the burden on the courts.

PALABRAS CLAVE: Medios adecuados de solución de controversias, negociación, conciliación, mediación, arbitraje, dictamen de experto, consumo. MASC, ADR, ODR. Productos financieros. Aerolíneas. Derecho colaborativo. Registrador de la propiedad.

KEYWORDS: *Alternative dispute resolution, negotiation, conciliation, mediation, arbitration, consumer: MASC, ADR, ODR. Financial products. Airlines. Collaborative law. Land registrar.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. MASC GENERALES PARA TODO CIUDADANO. 1. VOLUNTARIEDAD DEL MASC, DISPONIBILIDAD DE LAS MATERIAS, NEUTRALIDAD DEL TERCERO (EN SU CASO), EFECTOS DEL INICIO DE UN MASC Y FORMALIZACIÓN DEL ACUERDO. 2. DISTINCIÓN DE PROCEDIMIENTOS (CONCILIACIÓN, MEDIACIÓN Y ARBITRAJE).—III. MASC ESPECÍFICOS DE DERECHO DE CONSUMO. 1. VENTAJAS Y REQUISITOS. 2. CONDICIONES GENERALES Y MASC. 3. LA NEGOCIACIÓN COMO PRIMERA ALTERNATIVA HABITUAL. 4. PANORAMA GENERAL DE LOS MASC PROCEDIMENTALES, COMO SERVICIOS PÚBLICOS Y GRATUITOS EN DERECHO DE CONSUMO. 5. ¿DÓNDE QUEDA EL ARBITRAJE DE CONSUMO?—IV. MASC SECTORIALES, POR ÁMBITOS DE CONSUMO. 1. MASC PARA CONSUMIDORES DE PRODUCTOS FINAN-

CIEROS. 2. MASC PARA PASAJEROS DE AEROLÍNEAS.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE NORMATIVO.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (en adelante, LOSPJ), que entra en vigor el 3 de abril de 2025², consolida el cambio de denominación de los antes conocidos como *medios alternativos de solución de conflictos*, por la nueva nomenclatura de *medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional*³ (en cualquiera de los casos, se mantiene su abreviatura como MASC⁴; o bien, por sus siglas en inglés, como ADR⁵ u ODR cuando se resuelva online⁶).

Resulta significativa esta sustitución del adjetivo *alternativos*⁷ por el calificativo *adecuados*, que a mi juicio encaja mejor con la nueva LOSPJ pues, al configurar estos medios extrajudiciales como *requisito de procedibilidad* en el orden jurisdiccional civil (a excepción de ciertas materias)⁸, los trata como un presupuesto para la vía judicial, y no sólo como una alternativa. A partir de la entrada en vigor de la LOSPJ, el recurso a los MASC, —tendencia pujante hacia la que quiere dirigir el legislador, europeo⁹ y nacional¹⁰, los conflictos en materia civil y mercantil (y, muy en particular, los relativos al Derecho de consumo, como veremos)—, pasa a ser en España obligatorio, en cuanto condición previa para acudir a la jurisdicción civil (*requisito de procedibilidad*)¹¹.

El requisito de procedibilidad está regulado en el artículo 5 LOSPJ. La LOSPJ modifica el artículo 262 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil (LEC), para exigir que acompañe a la demanda *el documento que acredite* la previa actividad negociadora (lo que incluye —dado el tenor literal de la norma— que ésta al menos se haya intentado)¹², cuando se exija el recurso a los MASC como requisito de procedibilidad. De una interpretación integradora de la norma pudiera deducirse *grosso modo* tanto que deberán transcurrir treinta días desde la propuesta de sometimiento de la controversia a un MASC, sin recibir respuesta, para considerar cumplido el requisito de procedibilidad (afirmación que requiere importantes matices)¹³, como que la demanda —en su caso— deberá interponerse en el plazo máximo de un año (o de veinte días, si se adoptaron medidas cautelares) computado conforme a lo dispuesto en el artículo 7.3 LOSPJ.

El objeto de este trabajo no es debatir sobre la oportunidad de esta exigencia (hacer de los MASC requisito de procedibilidad para la jurisdicción civil), que tendrá sus ventajas e inconvenientes¹⁴, ni discutir en concreto la interpretación de alguno de los preceptos de la nueva ley que se refieren a los MASC, o el acierto o no de introducir la noción de *abuso del servicio público de justicia*¹⁵,

sino —tomando conciencia de lo que estas medidas suponen, *en el contexto de un panorama normativo más amplio*¹⁶— presentar un esquema ordenado de los MASC que el ciudadano tiene a su disposición y, puesto que el consumidor está llamado particularmente a acudir a esta vía¹⁷, ofrecer información útil para él, relativa a los niveles de protección que puede gozar.

II. MASC GENERALES PARA TODO CIUDADANO

La LOSPJ parte de un concepto amplio de MASC, que abarca toda negociación a la que acuden las partes para resolver un conflicto con buena fe, *ya sea por sí mismas o con la intervención de una tercera persona neutral*¹⁸. Por tanto, son MASC tanto la *negociación* entre las partes (dentro de la cual la LOSPJ ha querido destacar —según veremos— la *oferta vinculante confidencial*, la *opinión de persona independiente*, y el denominado *Derecho colaborativo*), como el recurso a un tercero cuya decisión puede ser en todo caso vinculante (*arbitraje*) o no serlo sin acuerdo de las partes (*conciliación, mediación*).

Mientras la negociación es más flexible y espontánea, la intervención de un tercero suele ir acompañada de un procedimiento. A caballo, entre lo procedimental y no procedimental, están el Derecho colaborativo y la conciliación; Mayor carácter procedimental que la conciliación, tiene la mediación; Y, por último, el arbitraje es el procedimiento que reviste un mayor aparato estructural, que se corresponde a la vez con unos efectos más poderosos, en cuanto el laudo dictado por el árbitro resulta vinculante para las partes, produce el efecto de la cosa juzgada y es directamente ejecutable ante los tribunales ordinarios, características que —a diferencia de los otros MASC— le han valido la consideración por el TC de *equivalente jurisdiccional*¹⁹.

1. VOLUNTARIEDAD DEL MASC, DISPONIBILIDAD DE LAS MATERIAS, NEUTRALIDAD DEL TERCERO (EN SU CASO), EFECTOS DEL INICIO DE UN MASC Y FORMALIZACIÓN DEL ACUERDO

Antes de analizar las diferencias, veamos los elementos comunes a los MASC.

En primer lugar, los MASC tienen en común su carácter voluntario. Aquí quiero matizar que, también cuando la LOSPJ hace de los MASC un requisito de procedibilidad para la jurisdicción civil (por tanto, algo obligatorio para presentar la demanda en vía judicial y que ésta no sea desestimada), se está respetando el carácter voluntario de los MASC en el sentido aquí referido, que no es otro que el relativo a la concreción del MASC por acuerdo de las partes. Sólo si existe acuerdo, las partes iniciarán un procedimiento de mediación, o de arbitraje, una conciliación o una simple negociación. En ese sentido, tanto si se trata de resol-

ver una controversia extrajudicialmente como si lo que se busca es precisamente lo contrario, es predicable el carácter voluntario del concreto MASC elegido.

Al margen de lo anterior, cabe precisar que —iniciado el proceso— la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, también respeta este carácter voluntario de los MASC, al contemplarlos como algo que forma parte del poder de disposición de las partes sobre el proceso y sobre sus pretensiones (artículo 19 LEC, *Derecho de disposición de los litigantes. Transacción y suspensión*)²⁰. En la fase de audiencia previa del juicio ordinario, se informaba sobre estos medios (anterior articulado del 414.1 LEC), mientras ahora se suprime la alusión a tal información pero se mantiene en el texto que la audiencia se celebra para intentar que las partes lleguen a *un acuerdo o transacción que ponga fin al proceso*. Algo semejante sucede en el juicio verbal²¹.

La voluntariedad se configura así como una característica de los MASC que supone que ambas partes son libres de decidir si la controversia se somete o no a uno de ellos en concreto: Esto es, la voluntariedad implica posibilidad de elección y necesidad de consentimiento de ambas partes, como requisito previo al inicio de un MASC.

Al respecto hay que tener en cuenta, al menos, tres excepciones: (1) La primera se refiere al supuesto en que ambas partes coincidan en la voluntad de resolver la controversia extrajudicialmente, pero no hayan logrado acuerdo en relación con el tipo de MASC al que desean someter la controversia; En ese caso, la LOSPJ dispone —en su artículo 5— que se resolverá conforme al que se haya propuesto en primer lugar. (2) La segunda apunta a la obligatoriedad *ope legis*²² de someterse a MASC propios del sector, por iniciativa del consumidor, que alcanza hoy a entidades financieras y aerolíneas, como veremos (si bien se declaró inconstitucional en relación con las compañías aseguradoras²³). Y, (3) La tercera afecta también al sector de los servicios financieros, y la introduce la LOSPJ, al modificar en particular el artículo 439 LEC, apartado 5, para concretar que las demandas que impliquen determinadas reclamaciones en materia de cláusulas abusivas en contratos de préstamo o crédito, no serán admitidas si previamente el consumidor no ha intentado reclamar directamente al profesional (sea persona física o jurídica) la cantidad indebidamente pagada, conforme a lo dispuesto en el nuevo artículo 439. bis LEC, que desarrolla el régimen de estas reclamaciones previas.

En segundo lugar, las materias que se someten a los MASC han de ser naturalmente dispositivas²⁴. Si existiera norma imperativa aplicable, debe ser respetada siempre; De lo contrario, el acuerdo, el auto, el decreto, la escritura pública, o el laudo —según el caso— será nulo (artículo 6 CC).

En tercer lugar, cabe destacar otro elemento común a los MASC, cuando proceda: El tercero que, en su caso, intervenga (por ejemplo, como conciliador, mediador, o árbitro) ha de ser imparcial, independiente y neutral²⁵, y se partirá de un principio de igualdad entre las partes. La LOSPJ garantiza el beneficio de

justicia gratuita para aquellos ciudadanos que —dadas sus circunstancias— no quedan obligados a abonar los respectivos honorarios de sus abogados²⁶.

En cuanto a los efectos del inicio de un MASC, expresamente dispone la LOSPJ que supondrá la interrupción de los plazos de prescripción y caducidad, si bien con una pluralidad de normas en función del tipo de MASC, que se refieren también a la posible reanudación del cómputo del plazo, según los casos (artículo 7.1). La LOSPJ modifica, entre otros, los artículos 727 y 730 LEC, relativos a la adopción de medidas cautelares, que pueden adoptarse al iniciar un MASC, si bien hay que atender al caso concreto. Si éstas se hubieren acordado, la demanda debe presentarse ante el mismo tribunal que las concedió, en el plazo fijado al efecto (artículo 7.3 LOSPJ).

Por último, conviene considerar que por primera vez cuentan los MASC con un régimen común relativo a la formalización del acuerdo al que —en su caso— lleguen las partes, con vistas a su validez y eficacia. Las partes pueden compelerse recíprocamente para elevarlo a escritura pública, o —en su caso— solicitar del juez su homologación (artículo 12 LOSPJ). El acuerdo —parcial, o total— *será vinculante para las partes, que no podrán presentar demanda con igual objeto*; Tienen carácter ejecutivo tanto los acuerdos documentados en escritura pública, como los homologados judicialmente y los certificados por el registrador de la propiedad, cuando participe como tercero neutral en un procedimiento de conciliación registral (artículo 13 LOSPJ, y nueva redacción del artículo 517 LEC).

La LOSPJ era una oportunidad para que el legislador se pronunciase sobre la publicidad que el Registro de la propiedad puede dar a los MASC iniciados o a sus resultados (por ejemplo, al laudo arbitral), así como los efectos de dicha publicidad, pero —al no haberlo hecho— debemos remitirnos al estudio doctrinal realizado al efecto²⁷.

2. DISTINCIÓN DE PROCEDIMIENTOS (CONCILIACIÓN, MEDIACIÓN Y ARBITRAJE).

¿Qué conocimiento tenemos en España sobre los MASC y, en particular, sobre la diferencia que existe entre los que siguen un cierto procedimiento previsto normativamente (conciliación, mediación y arbitraje)?

A mi juicio, hasta la LOSPJ ha existido confusión en el legislador entre la conciliación y la mediación, debido quizás a que han sido figuras ajenas a nuestro sistema, que hemos incorporado progresivamente. Por ejemplo: La Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, se refiere indistintamente a la *intermediación o conciliación* o bien a la *intermediación y conciliación*, lo que puede generar incertidumbre en el lector sobre si pretende aludir sólo a una realidad (la conciliación) o a dos MASC distintos (conciliación y mediación). En la misma LEC, conciliación y mediación se presentaban, pudiera decirse, como sinónimos

antes de la LOSPJ²⁸, pero ¿cómo se explicaba entonces que la conciliación y la mediación tuvieran, respectivamente, su especial régimen jurídico? El *Anteproyecto 2024*²⁹ (que precede a la LOSPJ), expresamente indicaba que toda mención que en la LEC se hiciera a la mediación debía entenderse referida también a cualquier otro MASC previsto por la ley³⁰. Se constata así la voluntad del legislador de introducir los MASC en general como vías igualmente adecuadas para la solución extrajudicial de conflictos.

El arbitraje es el MASC procedimental más arraigado en España y tiene un perfil bien definido; Esto último sucede también con la mediación desde que fue regulada expresamente. Más desconocida es quizás la conciliación en el ámbito civil (no en el social o laboral), aunque la antes citada Ley de la jurisdicción voluntaria se ocupó de ella, dedicándole su último título, y la LOSPJ ha completado su régimen jurídico dedicándole dos artículos relativos a la *conciliación privada* y a las *funciones de la persona conciliadora*, respectivamente.

¿Son todos los MASC por igual susceptibles de ser requisitos de procedibilidad?

Una vez que en el apartado anterior he referido los elementos comunes, voy a distinguir a continuación las características de cada uno de estos MASC procedimentales, que el ciudadano encuentra a su disposición a través de entidades públicas y privadas: la conciliación, la mediación y el arbitraje. El denominado Derecho colaborativo, se abordará aparte, pues el procedimiento no está normativamente establecido sino que serán los abogados de las partes quienes puedan establecerlo, quedando —a mi juicio— más próxima la figura a la negociación entre las partes que a los MASC procedimentales con intervención de tercero.

[1] Como acabo de indicar, la *conciliación* venía siendo regulada por la Ley 5/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria³¹, y se completa ahora con lo dispuesto en la LOSPJ (muy particularmente sus artículos 15 y 16). Conforme a la primera, podía ser conciliador el juez de paz o un letrado de la administración de justicia³², con carácter general. Existen también procedimientos especiales de conciliación, tales como la conciliación laboral³³, o la conciliación notarial³⁴ y la conciliación registral³⁵ (estos dos últimos, fueron impulsados por la Ley de Jurisdicción voluntaria³⁶). Para la conciliación ante el juez de paz habrá que tener en cuenta, además de la norma citada (LJV), lo dispuesto en el artículo 47 LEC.

La conciliación registral ha sido modificada ahora por la LOSPJ: El segundo párrafo del artículo 103.bis LH se completa, para indicar que la certificación emitida por el registrador tendrá eficacia ejecutiva conforme a lo dispuesto en el artículo 517.2.º LEC; y que *la ejecución se tramitará conforme a lo previsto para los títulos ejecutivos extrajudiciales*. En el Preámbulo de la LOSPJ (IV, último párrafo), se explica que esta medida es necesaria para que la certificación registral del acuerdo de conciliación esté dotada de la misma eficacia ejecutiva que el laudo arbitral o el acuerdo de mediación elevado a escritura pública. Se

equipara también así el efecto de la conciliación registral a lo dispuesto en el artículo 83.1 LN para la conciliación notarial.

Además, la LOSPJ amplía el abanico de profesionales que pueden actuar como conciliadores a toda persona —física o jurídica— *con conocimientos técnicos o jurídicos relacionados con la materia de la que se trate*, siempre que cumpla una serie de requisitos, también formales³⁷.

El hecho de que intervenga un tercero y que se siga un cierto procedimiento, distingue la conciliación —cuando se llega a un acuerdo— de la mera transacción o acuerdo entre las partes dirigido a evitar un pleito. La conciliación se configura como un procedimiento extrajudicial caracterizado por su agilidad³⁸ y sencillez, no siendo preceptivo contar con abogado ni procurador³⁹.

La conciliación puede comenzar a instancia de una o ambas partes, expresando de modo claro el conflicto de intereses y la identificación de las partes. La aceptación del conciliador deberá constar documentalmente y éste quedará sometido a la responsabilidad correspondiente por el ejercicio inapropiado del encargo recibido (artículo 15.3 y 15.4 LOSPJ). Junto a la obligación de actuar de modo leal y neutral, prevista en esta última norma, el artículo 16 LOSPJ se destina a enumerar las funciones de la persona conciliadora, entre las que se cuenta la de gestionar la invitación a la otra parte (en caso de haber sido convocado por uno solo de los interesados), organizar una primera sesión informativa y las reuniones que estime pertinentes, redactar un acta de inicio firmada por las partes (en que conste el objeto de la controversia, los honorarios, la asistencia letrada o no de las partes), presidir y gestionar adecuadamente las reuniones (conjuntas o individuales), proponer soluciones e invitar a las partes a que formulen sus propuestas, y la de elaborar un acta final del acuerdo total o parcial (o bien, una certificación del desacuerdo o de que una de las partes rehusó a la conciliación, en su caso).

Vemos así que, aunque se consideraba que la diferencia entre la conciliación y la mediación era muy sutil⁴⁰ —pues en ambos casos el tercero interviene buscando aproximar la posición de los contendientes⁴¹— continúa siendo válida la explicación de que, mientras en la conciliación es función del tercero *proponer soluciones*, en la mediación *son las partes por sí mismas las que construyen sus propios acuerdos*^{42, 43}.

La LOSPJ dispone expresamente que el conciliador guarde *los deberes de confidencialidad y secreto profesional* (artículo 15.2.b, además del genérico artículo 9), lo que ha de tenerse en cuenta también cuando se cumpla con la obligación de registrar el acto, a ser posible, grabando imagen y sonido⁴⁴. La clave radica en cuidar todos los medios para cumplir con el deber de protección de datos (artículo 9 LOSPJ).

El resultado de la conciliación se hará constar en acta detallada⁴⁵, que será oficialmente aprobada por auto, decreto, escritura pública, o certificación regis-

tral —respectivamente— cuando sea el juez de paz, el secretario judicial, el notario o el registrador de la propiedad, quien actúe como conciliador. Los gastos correrán por cuenta de quien lo hubiere promovido⁴⁶. Lo convenido *tendrá el valor y eficacia de un convenio consignado en documento público y solemne*, siendo competente para su ejecución el propio juzgado (ahora, tribunal de instancia⁴⁷) si son asuntos de su competencia, conforme a lo dispuesto en la LEC para ejecución de sentencias y de convenios aprobados judicialmente⁴⁸.

Si hubo desacuerdo o una de las partes rehusó la conciliación, el conflicto puede dirimirse ante la jurisdicción civil ordinaria, con la correspondiente certificación o prueba fehaciente del hecho, pues se ha cumplido el requisito de procedibilidad.

[2] La *mediación* es un procedimiento extrajudicial estructurado, que tiene por objeto que las partes resuelvan por sí mismas una controversia, con la intervención de un mediador. La mediación sigue regulada por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (LM)⁴⁹, y por el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, que la desarrolla⁵⁰; Existe además normativa autonómica⁵¹. Con la LOSPJ, el legislador respeta esta normativa (realizando modificaciones puntuales necesarias⁵²), potencia la mediación y reconoce el impulso que se le ha dado en los últimos años por las Comunidades Autónomas, a la vez que lamenta la falta de una cultura de la mediación no sólo en España sino en la UE (pese a que también desde la Comisión Europea se trabaja desde hace años en este sentido).

El mediador no tiene por qué ser un jurista, siendo suficiente con que tenga un título oficial universitario o de formación profesional y haya recibido una formación específica en materia de mediación⁵³. La LOSPJ añade un requisito formal, introduciendo un cuarto punto en el artículo 11 LM, conforme al cual el mediador (sea persona física o institución de mediación) debe constar inscrito en un registro oficial de mediadores, estatal o autonómico.

La ley se basa en la confidencialidad⁵⁴, el respeto por la voluntad de las partes, y la intervención activa del mediador⁵⁵, que buscará una solución dialogada⁵⁶. Cuando la mediación tenga por objeto la reclamación de una cantidad igual o inferior a 600 euros, *se desarrollará preferentemente por medios electrónicos*, siempre que sea posible para las partes⁵⁷.

El papel del *mediador* consiste en facilitar la comunicación, conducir el proceso y orientar a las partes, pero —como quedó indicado— son éstas las que alcanzan o definen sus acuerdos⁵⁸; El mediador, por tanto, no puede imponer a las partes una concreta solución (a diferencia del arbitraje), y tampoco es su función sugerirla ni proponerla (a diferencia de la conciliación). Un segundo eje de la mediación es la *deslegalización*, o *pérdida del papel central de la ley en beneficio de un principio dispositivo*⁵⁹.

El acuerdo al que —en su caso— puedan llegar las partes al concluir el procedimiento (*acuerdo de mediación*) es vinculante, una vez firmado por ellas

o sus representantes, y sólo podrá impugnarse *por las causas que invalidan los contratos*⁶⁰. Una vez documentado en escritura pública, tiene fuerza ejecutiva (título V, LM).

Como la conciliación y el arbitraje (en cuanto medios generales), la mediación tiene un coste tanto si resulta exitosa como si no se alcanza un acuerdo. En el caso de la mediación —a diferencia de lo que veíamos para la conciliación— este coste se dividirá entre las partes, salvo pacto en contrario⁶¹. A los costes de gestión, que son escasos, se sumarán los costes propios de la actividad: el coste de una sesión de mediación oscila en función del objeto de la controversia y la institución de mediación⁶².

Como en el caso de la conciliación, si existiera desacuerdo como resultado de la mediación, o una de las partes se hubiera negado a participar en el procedimiento, la controversia puede dirimirse ante la jurisdicción ordinaria, pues se cumple con el requisito de procedibilidad al acreditar de modo fehaciente ese resultado.

[3] El *arbitraje* está regulado con carácter general en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. El árbitro ha de ser abogado y resolverá conforme a Derecho, salvo que las partes opten por una solución basada en la equidad (en el primer caso, se requiere que el árbitro tenga la condición de jurista⁶³). Esta regla (resolver conforme a Derecho, como regla general) cambia cuando se trata de un arbitraje de consumo, según veremos más adelante.

Mientras que los resultados de la mediación y de la conciliación son acuerdos entre las partes, el laudo arbitral se impone aunque las partes discrepen, tiene efectos de cosa juzgada y es un título ejecutivo. El arbitraje impide acudir a la jurisdicción; una vez que las partes se someten a arbitraje, y ya una vez que se dicta el laudo, no pueden acudir a la jurisdicción. Existe una total alternatividad entre la jurisdicción y el arbitraje. Sólo podrían acudir a la jurisdicción si ambas partes, de común acuerdo, y siempre que no se haya dictado antes el laudo, deciden llevar la controversia ante la jurisdicción. Es más: Requisito para acudir al arbitraje es el pacto previo para ello (el convenio o cláusula arbitral); Si éste existe, y una parte decide acudir a la jurisdicción, la otra parte puede oponer la *declinatoria de arbitraje*, que impedirá al Juez conocer del asunto pues quedó ya reservado a resolución arbitral.

En este sentido, el arbitraje presenta una peculiaridad en relación con el requisito de procedibilidad, pues —una vez iniciado— las partes no pueden rehusar, sino que quedan vinculadas por el resultado. El arbitraje es el medio alternativo —y excluyente, por excelencia— de la vía judicial, y no sólo un medio adecuado para la solución extrajudicial de conflictos. No obstante, si el laudo arbitral se declarase nulo, entiendo que sí se cumpliría el requisito de procedibilidad y las partes tendrían abierto el acceso a la jurisdicción civil. Lo mismo hay que decir si una de las partes propone el arbitraje a la otra y ésta se niega a someter la controversia a este MASC; si no se llega a un acuerdo alternativo, esa

negativa es suficiente para dar por fracasada la negociación previa, como requisito de procedibilidad, y acudir a la jurisdicción, siempre que pueda presentarse prueba fehaciente del hecho.

III. MASC ESPECÍFICOS DE DERECHO DE CONSUMO

Con el mismo contenido del artículo 169 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), se proclama el principio de protección del consumidor en el artículo 51 de la Constitución española. Pero además, la Constitución española, en su artículo 51 garantiza la protección de los consumidores *mediante procedimientos eficaces* y de ello se hace eco —con idénticas palabras— el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU)⁶⁴. Recordemos que las reclamaciones a que puede dar lugar un contrato de consumo serán —en muchos casos— pequeñas, y al consumidor de ordinario no le interesará acudir a los tribunales para resolver sus conflictos.

A impulsos del Derecho europeo⁶⁵, el Estado garantiza que contará con procedimientos eficaces para defender los intereses económicos del consumidor, cumpliendo así a la vez con el mandato constitucional. El pujante interés por los MASC pretende contribuir, no sólo a rebajar la carga de trabajo de los magistrados o agilizar los tiempos para resolver las controversias, sino a cumplir el mandato constitucional que existe, al menos en relación a los consumidores, de proteger sus intereses mediante procedimientos eficaces. Sin duda, esta exigencia va más allá del principio de tutela judicial efectiva, que se garantiza a todos los ciudadanos (artículo 24 CE).

Por esta razón, los consumidores pueden acudir para resolver sus controversias, no sólo a los MASC previstos en general para todos los ciudadanos, sino a MASC específicos puestos por la Administración pública a su disposición, siendo la *gratuidad* una de sus cualidades.

Como veremos, el legislador ha regulado de modo particular el arbitraje de consumo, si bien las Comunidades Autónomas han desarrollado organismos de mediación y conciliación específicos de este ámbito. Además, determinados consumidores (en particular, los de productos financieros, o los que contrataron con aerolíneas), pueden acudir —si lo desean— a MASC especializados en estos sectores, que operarán también gratuitamente.

De ahí que podamos hablar de tres niveles de protección del consumidor cuando nos referimos a los MASC: Primero, el general, previsto para todos los ciudadanos; Segundo, el específico, previsto para todo consumidor; y, Tercero, el especializado, previsto —cuanto menos— para el sector financiero y el de servicios de aerolíneas.

La cuestión es que este despliegue de medios no parece haber sido suficiente para lograr el fin que se persigue y el consumidor no acaba de entrar en la cultura de los MASC. Para incentivar los MASC en Derecho de consumo será necesario no sólo fomentar la información sobre los mismos, sino la adhesión de las empresas a las entidades públicas de solución alternativa de conflictos. Es de esperar que la configuración de los MASC como requisito de procedibilidad contribuya definitivamente a difundir su mejor conocimiento, también por parte de los consumidores.

Para clarificar el panorama y ayudar al consumidor a hacer una buena elección, es útil referirnos por separado —a continuación— a las características propias de un MASC de consumo (ventajas y requisitos); a la mención a ellos que puede y debe aparecer en el clausulado de las condiciones generales de la contratación; así como a cada uno de los medios disponibles en particular.

1. VENTAJAS Y REQUISITOS

Los MASC específicos de Derecho de consumo presentan —junto a la agilidad— la ventaja de ser un servicio gratuito prestado por las Administraciones públicas.

Cuando la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, incorporó al ordenamiento español la Directiva 2013/11/UE, relativa a la resolución alternativa de conflictos en materia de consumo, reguló los procedimientos de acreditación de las entidades ADR (*Alternative Dispute Resolution*), para ser incluidas en el listado de la Agencia Española de Consumo⁶⁶, que a su vez es el punto de contacto único con la Plataforma de entidades ADR online de la UE (u *Online Dispute Resolution*, abreviadas ODR).⁶⁷

Aspectos interesantes de la ley citada son los siguientes: 1º Dispuso la *gratuidad* de estos procedimientos para los consumidores, a impulsos de la Directiva 2013/11/UE⁶⁸; 2º Garantizó que los consumidores conocieran estas entidades alternativas de solución de conflictos, imponiendo a los empresarios y plataformas online la *obligación de informar* sobre ellas en sus páginas web⁶⁹, de un lado, e impulsando la actuación de las Administraciones Públicas competentes, de otro; y, 3º *Obligó a las entidades financieras y a las compañías aéreas*, en particular, a participar en los MASC⁷⁰ si el consumidor elegía esta vía. Este último hecho ha llevado a la Administración pública a erigir entidades oficiales especializadas en la solución de conflictos con consumidores de los ámbitos financiero y aéreo, a los que me referiré más adelante.

El presupuesto para recurrir a un MASC específico de Derecho de consumo es que se trate de resolver un conflicto surgido entre un consumidor y un profesional o empresario; Por consiguiente, está legitimado para ello tanto el comprador o arrendador de bienes muebles o inmuebles, como quien contrata un servicio, siempre que sea un consumidor que contrate con un profesional⁷¹.

El concepto de consumidor aparece citado con impacto por primera vez en el discurso del presidente J.F. Kennedy (*todos somos consumidores*)⁷², y, sin duda, la protección de los consumidores constituye desde hace tiempo uno de los objetivos de la Unión Europea⁷³. Con todo, conviene matizar las palabras de Kennedy, advirtiendo que no todos somos —en toda circunstancia— consumidores. De ahí la importancia de definir el contenido o significado del concepto.

El Tratado Fundacional de la UE, en su artículo 169, no define el concepto de consumidor, limitándose a sentar un principio de protección de *la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses*. Sin embargo, los textos normativos de protección de los consumidores sí suelen definir este concepto, con vistas a delimitar el sujeto activo de los derechos que se reconocen.

Y, aunque el concepto de consumidor no coincide siempre en los distintos textos normativos, europeos y nacionales, sí puede hablarse de un común denominador. Por esta razón, el concepto de consumidor debe remitirse a la concreta legislación especial que deba aplicarse en cada ámbito determinado, si bien puede decirse que, conforme a la jurisprudencia del TJUE, se configura como un concepto *objetivo* —en cuanto independiente de las cualidades personales o el conocimiento de los sujetos— y *funcional*, en cuanto caracterizado en todo caso por el desempeño de una actividad ajena al ejercicio de una profesión, estando el consumidor en una posición débil frente al otro contratante, que actúa como profesional e impone las condiciones del contrato⁷⁴.

2. CONDICIONES GENERALES Y MASC

Es frecuente que las empresas establezcan, en las condiciones generales del contrato a las que se adhiere el consumidor, algún mecanismo de solución de conflictos alternativo a la vía judicial; De hecho, es su obligación⁷⁵. También las plataformas se ven obligadas legalmente a hacerlo⁷⁶.

Aunque el consumidor clique en la casilla de confirmación de lectura y comprensión de las condiciones generales del contrato, la estipulación relativa a los métodos alternativos de solución de conflictos —predispuesta unilateralmente por el empresario— no se le impone, sino que tendrá carácter informativo cualquiera que sea su redacción.

Por ejemplo, si un contrato de consumo celebrado online contiene una cláusula de vinculación de la solución de controversias a una entidad de arbitraje privado, por muy fiable que fuera la entidad, la cláusula supone información para el consumidor, que puede acogerse a su contenido si lo desea y dirimir por esa vía su

reclamación. Pero si el empresario pretendiera imponer el contenido de esa cláusula, y obligar al consumidor a someterse a ella, se considerará nula (por tanto, no vinculante) por abusiva⁷⁷. Es decir, para que la cláusula sea eficaz, debe ser aceptada, tácita o expresamente, por el consumidor con posterioridad a la controversia.

Si bien es cierto que, en los contratos celebrados online, el empresario está obligado a informar al consumidor sobre los MASC⁷⁸ (y a él incumbe la carga de la prueba de haber cumplido con este requisito⁷⁹), esto es radicalmente distinto a disponer la sumisión obligatoria de un arbitraje privado⁸⁰. Tampoco hubiera sido válido un convenio arbitral suscrito antes de que surgiera la controversia⁸¹.

Normalmente, la primera vía intentada por el consumidor será la negociación directa con la empresa. Sólo si sus gestiones resultan frustradas se planteará —en su caso— el recurso a un MASC procedimental. Veamos a continuación una y otra alternativa.

3. LA NEGOCIACIÓN COMO PRIMERA ALTERNATIVA HABITUAL

Junto a los procedimientos extrajudiciales específicos de Derecho de consumo, hay que tener en cuenta los MASC no procedimentales —representados genéricamente por la *negociación*—, que serán habitualmente el primer recurso del consumidor.

Al respecto, en relación con el reciente desarrollo legislativo, conviene puntualizar que, si bien la simple negociación directa de consumidor y empresario, y los MASC de carácter procedimental se presentan como posibilidades alternativas por la Ley 7/2017 (que implícitamente distingue entre ellos⁸²), la LOSPJ introduce la oferta vinculante confidencial y la opinión de experto independiente como *nuevos mecanismos*⁸³; También regula, por primera vez, el denominado Derecho colaborativo, en su artículo 19.

Por esta razón, antes de entrar en los procedimientos específicos de consumo (en general) y en el arbitraje de consumo (en particular), conviene detallar las opciones que tienen, el consumidor y el empresario, para llegar a un acuerdo del modo más sencillo posible, esto es, negociando:

[1] Los servicios de atención al cliente.

Entre las obligaciones del empresario se encuentra la de disponer de servicios de atención al cliente, y asegurarse que a éste le llega la información relativa a los *servicios de interposición de quejas y reclamaciones*, a través, por ejemplo, del etiquetado⁸⁴. Los servicios de atención al cliente cumplen una función importante en la atención primera a las reclamaciones del consumidor, muy particularmente de aquellas que se refieran a una falta de conformidad, pero también en los casos de error⁸⁵.

Los servicios de atención al cliente pueden organizarse de modo presencial, o bien a través de correo electrónico, o por teléfono, entre otros, siempre que se garantice una *atención personal directa*, lo que no excluye que puedan emplear-

se —además— otros medios técnicos (como un *chatbot*, por ejemplo), que no sustituirán al servicio directo⁸⁶.

El empresario está obligado a responder a la reclamación presentada en el menor tiempo posible (en todo caso, antes de un mes). En caso de no hacerlo, o bien de no haber resuelto de modo satisfactorio una reclamación, puede el consumidor acudir a una entidad de resolución alternativa de conflictos autorizada (si el conflicto tiene lugar en el contexto de la UE), siguiendo —en su caso— la información que el propio empresario está obligado a suministrarle; Pero si tiene la documentación que lo acredite, puede también acudir a la vía judicial porque se cumple el requisito de procedibilidad⁸⁷.

[2] La negociación en sentido estricto. La oferta vinculante confidencial; la carta de intenciones; la opinión de persona experta independiente y el Derecho colaborativo.

La negociación entre consumidor y empresario, que persiga alcanzar un acuerdo, es la primera y más importante medida de solución de conflictos en Derecho de consumo que tengan por objeto pequeñas reclamaciones⁸⁸. Al empresario medio le interesa mantener un nivel elevado de satisfacción del consumidor online, que prestigie sus productos y servicios a través de su actividad en las redes, especialmente mediante reseñas (*prosumer*). Este hecho marca una tendencia al buen funcionamiento de la negociación, como medio económico, sencillo, eficaz y asequible, de solución de conflictos.

En muchos casos, la negociación tiene lugar entre el consumidor y el empresario, sin necesidad de concurrencia de tercero. Lógicamente, cualquiera de ellos puede contar con el asesoramiento de un abogado, pero no es imprescindible. Cuando el conflicto proceda de una compraventa online, la primera negociación se realizará habitualmente mediante el servicio de atención al cliente que se acaba de describir. Pero podemos distinguir esa vía de la negociación en sentido estricto, referida al supuesto en que se presente por el consumidor (o por el empresario o profesional) una propuesta formal de solución del conflicto, con una o varias alternativas.

Esta propuesta formal de solución puede significar una oferta completa y cerrada —en cuanto inamovible por parte del oferente— que, de ser aceptada, cierra un acuerdo vinculante entre las partes⁸⁹. Pero puede también presentarse, por el contrario, como una oferta que no se considera vinculante para quien la presenta sino como un punto de partida para la negociación: Esto último sucede si se dejan abiertos varios ítems importantes para las partes, tales como cuantías o plazos para el cumplimiento de lo que se pretende pactar⁹⁰. Por ejemplo, el consumidor puede solicitar formalmente una novación del contrato⁹¹.

Otras veces la negociación puede partir de una carta de intenciones firmada por las partes, que no supone obligación para ninguna de ellas sino un punto de partida en que se detallan los elementos del conflicto de intereses en que ambas partes

están de acuerdo (por ejemplo, si estuvieran de acuerdo en que la empresa no actuó de modo desleal en relación con la publicidad, sino que el problema se originó por un error o falsa representación de la realidad en la mente del consumidor).

La LOSPJ introduce también como MASC la opinión de persona experta independiente, que emitirá un dictamen no vinculante, una vez que las partes le hayan entregado las pruebas de que dispongan y compartido la información pertinente; El artículo 18 describe un procedimiento a seguir en estos casos.

Por último, cabe citar también el denominado Derecho colaborativo, que tendrá lugar cuando las partes negocien de buena fe con abogados, que podrán prever un procedimiento al efecto de alcanzar un acuerdo que resuelva la controversia extrajudicialmente⁹² (artículo 19 LOSPJ).

Cualquiera de estas vías, una vez acreditado que se intentó sin éxito (tanto si el empresario rehusó presentarse, como si no se alcanzó un acuerdo de las partes), permite acceder a la jurisdicción civil, pues se cumple el requisito de procedibilidad.

[3] La transacción.

En caso de llegar a un acuerdo sobre la solución del conflicto, las partes pueden firmar un contrato que tenga por objeto además evitar un pleito, esto es, firmar una transacción⁹³. La transacción produce efectos de cosa juzgada entre las partes (artículo 1816 CC). En este caso, el contrato de transacción incluiría el acuerdo de solución definitiva al conflicto. Si las partes no alcanzaron un acuerdo, y el intento de transacción está debidamente documentado, se cumple el requisito de procedibilidad y podrán resolver su controversia ante la jurisdicción civil.

En todo caso, distinto de lo anterior es el intento de una transacción judicial, que tendrá lugar si, iniciado un proceso judicial, quedara éste interrumpido en cualquier momento, porque las partes llegasen a un acuerdo para ponerle término. Así lo admite expresamente la LEC⁹⁴, que prevé la homologación del resultado por el tribunal que estuviera conociendo del asunto (artículo 19.2 LEC).

Una vez abordadas las posibilidades de negociación entre las partes, y entendido que el recurso fallido a cualquiera de ellas, debidamente documentado, permite a cualquiera de los contendientes acudir a la vía de la jurisdicción civil para resolver la controversia, veamos brevemente el panorama actual de la solución de conflictos de Derecho de consumo vía MASC procedimentales.

4. PANORAMA GENERAL DE LOS MASC PROCEDIMENTALES, COMO SERVICIOS PÚBLICOS Y GRATUITOS EN DERECHO DE CONSUMO

En España, mientras el arbitraje se consolidó desde un principio como vía adecuada para resolver los conflictos en materia de consumo⁹⁵, la mediación le estuvo vetada inicialmente y sólo a partir de la reforma de 2017 se abrieron las puertas a la

mediación de consumo⁹⁶: Sobre el impacto de la Ley 7/2017 en nuestro sistema, se ha escrito que la Ley citada supone un importante reto para un modelo como el español, *presidido* por el Sistema Arbitral de Consumo (SAC), como *servicio de gestión de conflictos público y general* representado por las Juntas Arbitrales de Consumo, al poder crearse ahora diversos tipos de entidades de solución de conflictos, a la vez que se brinda un nuevo protagonismo a las asociaciones de consumidores o a las organizaciones y colegios profesionales⁹⁷. La Ley 7/2017 se abre tanto al arbitraje (cuya solución vinculante se impone a las partes), como a la mediación (o aproximación por tercero de la posición de las partes, para que lleguen a un acuerdo), y a los *órganos evaluativos* (conciliación —con propuesta de solución por un tercero—; *ombudsman* o defensor del pueblo, también con propuesta de solución, que puede o no ser obligatoria, pero —aunque lo fuera— no supondría renuncia a la vía judicial), defensores en general y otro tipo de órganos que pueden acreditarse como entidades de solución de conflictos, ser comunicadas como tales a la UE (a través de la Comisión) y conectarse a la plataforma de entidades de resolución de conflictos online (*online dispute resolution/ODR*)⁹⁸. Por supuesto, el hecho de que la IA colabore a la tramitación del proceso no implica en absoluto que se imponga una decisión automatizada a las partes⁹⁹.

Tomando la mediación como ejemplo de la situación de los MASC afectados por la Ley 7/2017, de adaptación a la Directiva sobre MASC para consumidores, la situación es la siguiente: Admitida la mediación de consumo en España¹⁰⁰, carece de una regulación nacional más allá de la antes mencionada LM, general para asuntos civiles y mercantiles. Esto no es obstáculo para que no sólo el Estado, sino principalmente las Comunidades Autónomas ofrezcan servicios de mediación gratuita para los consumidores, en cumplimiento de la ya explicada normativa europea y nacional sobre MASC en materia de consumo (Ley 7/2017, por la que se incorpora la Directiva 2013/11/UE de resolución alternativa de litigios en materia de consumo). Por consiguiente, a la mediación de consumo se le aplica tanto la genérica LM como lo dispuesto en la Ley 7/2017, por la que se incorpora la Directiva 2013/11/UE de resolución alternativa de litigios en materia de consumo, y la LOSPJ.

Del mismo modo, a la conciliación de consumo le será aplicable el régimen general de la conciliación, antes apuntado, pero con las características propias introducidas por la Ley 7/2017, y la LOSPJ.

Conforme a la Ley 7/2017, los MASC en Derecho de consumo son gratuitos¹⁰¹, y se acudirá a ellos previo acuerdo entre las partes, sin necesidad de abogado o asesor jurídico, salvo que las partes expresen su consentimiento en ese sentido¹⁰²; y conforme a la LOSPJ, cualquiera de estos procedimientos extrajudiciales permite cumplir el requisito de procedibilidad, como sabemos, si bien permanece la característica de la voluntariedad en relación con el singular medio elegido¹⁰³ (salvo norma especial imperativa)¹⁰⁴.

A diferencia de lo que sucede para la mediación y la conciliación, el arbitraje de consumo sí tiene una específica normativa, por lo que le dedicaré un apartado a continuación.

5. ¿DÓNDE QUEDA EL ARBITRAJE DE CONSUMO?

El arbitraje de consumo se institucionaliza como un servicio administrativo¹⁰⁵ que lo distingue del arbitraje privado en general: Está esbozado en el TRLGDCU, donde se sientan las bases del Sistema Arbitral de Consumo (SAC)¹⁰⁶, y ha sido desarrollado en tres sucesivos reales decretos, para ir adaptándolo a la cambiante legislación nacional y —en el caso del ahora vigente— también europea; El último de ellos es el Real Decreto 713/2024, de 23 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que regula el Sistema Arbitral de Consumo (en adelante, RDSAC), su organización y procedimiento para *los litigios nacionales o transfronterizos* en materia de consumo, cuando el solicitante resida en la UE¹⁰⁷.

Por tratarse de un servicio administrativo, el arbitraje de consumo tiene peculiaridades importantes que lo distinguen del arbitraje general; pero en esencia el procedimiento presenta también similitudes y, de hecho, el régimen general del arbitraje —regulado por la citada Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje— no sólo es de aplicación supletoria, sino incluso directa en lo que se refiere a la forma y contenido del laudo¹⁰⁸.

El arbitraje de consumo tiene en común con el arbitraje general su definición básica: Se trata de procedimientos extrajudiciales dirigidos a resolver un conflicto mediante la intervención de terceros neutrales e independientes (*árbitros*)¹⁰⁹, que han de ser titulados en Derecho —como regla general¹¹⁰—, y que concluirán dictando un laudo vinculante para las partes, que tendrá carácter vinculante y ejecutivo¹¹¹. Como en todo MASC, es condición indispensable que la materia sobre la que se decida sea dispositiva¹¹². Ahora bien, mientras en el arbitraje general se decide conforme a Derecho (salvo pacto entre las partes admitiendo que la decisión pueda basarse en la equidad)¹¹³, en el arbitraje de consumo se decidirá conforme a la equidad como regla general (salvo que las partes opten expresamente por una solución conforme a Derecho)¹¹⁴.

Sólo el consumidor puede iniciar un arbitraje de consumo. El carácter unidireccional de este específico procedimiento aparece decretado como principio en el nuevo RDSAC¹¹⁵. A la vez, para someter la controversia al arbitraje de consumo, tanto el empresario como el consumidor han de convenirlo (convenio arbitral¹¹⁶), o bien estar el empresario adherido al Sistema Arbitral de Consumo competente¹¹⁷, y presentar el consumidor la solicitud correspondiente. El procedimiento (admitido *también por medios electrónicos*¹¹⁸), ha dejado de ser anti-formalista¹¹⁹; Se concreta ahora que las solicitudes se realicen registralmente o

por los medios admitidos por la ley para la presentación de documentos ante los órganos de las Administraciones públicas¹²⁰. Las Juntas Arbitrales de Consumo (nacional y territoriales), son los órganos administrativos a través de los que se gestiona el sistema institucionalizado de arbitraje de consumo (entre sus funciones está la de actualizar la lista de árbitros acreditados y la publicación del contenido de los laudos con respeto a los datos personales)¹²¹.

Cabe destacar que en la fase inicial del arbitraje, la mediación venía siendo propuesta como mecanismo que debía intentarse a fin de alcanzar un acuerdo que pusiera fin al conflicto¹²². Con el RDSAC de 2024 los términos varían ligeramente: Desaparece cualquier alusión a la mediación y, en su lugar, se sugiere la posibilidad de invitar al empresario a proponer una solución, a la vez que se le pide que acepte el arbitraje¹²³; Lo que sí se mantiene es la posibilidad de elevar a la condición de *laudo conciliatorio* el acuerdo alcanzado por las partes en cualquier momento del procedimiento¹²⁴.

Como sucede con el resto de MASC en materia de consumo, el servicio de arbitraje de consumo se presta por las Administraciones públicas con carácter gratuito: La gratuidad se proclama como principio en el Preámbulo del RDSAC, y se confirma en su artículo 31, en continuidad con la normativa anterior¹²⁵.

El RDSAC de 2024 ha incidido en materia de plazos, y acorta el plazo para dictar el laudo en el arbitraje de consumo, que pasa de seis meses contados desde el día siguiente al inicio del arbitraje (prorrogables motivadamente)¹²⁶, a ser de noventa días naturales contados desde el acuerdo de inicio del procedimiento (también prorrogables)¹²⁷.

A juicio de los autores, el arbitraje de consumo aún no ha arraigado entre los ciudadanos¹²⁸, y se opina también que la mediación de consumo está llamada a ser su alternativa y ganarse la confianza de los consumidores por su mayor agilidad y eficiencia¹²⁹, si bien —a mi juicio— el arbitraje ofrece mejores garantías cuando se busca cerrar de modo eficiente una controversia, dado que el carácter vinculante y ejecutivo del laudo implica para las partes la renuncia a la vía judicial. Este aspecto introduce una singularidad en cuanto al requisito de procedibilidad pues, a diferencia de otros MASC, una vez iniciado el arbitraje no será suficiente con que una de las partes rehúse para poder acudir a la vía jurisdiccional, ya que el acuerdo de sometimiento de la controversia al arbitraje supone para las partes la exclusión de la jurisdicción civil como vía de solución de conflicto, quedando ambas vinculadas por el laudo arbitral (salvo que éste sea impugnado y declarado nulo).

IV. MASC SECTORIALES, POR ÁMBITOS DE CONSUMO

Como antes se indicó, la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, que incorporó al ordenamiento español la Directiva 2013/11/UE, relativa a la resolución alternativa

de litigios en materia de consumo, no sólo reguló los procedimientos de acreditación de las entidades ADR, para ser incluidas en el listado de la Agencia Española de Consumo, sino que dispuso que estos procedimientos fueran gratuitos para los consumidores, impulsó vías para que los consumidores conocieran estos MASC y obligó a las entidades financieras y a las compañías aéreas, en particular, a participar en los MASC si el consumidor elegía esta vía; A la vez, dispuso los organismos específicos de acreditación de entidades ADR en estos últimos ámbitos. De este modo, podemos distinguir entre los MASC específicos para la protección del consumidor de productos financieros y los MASC para pasajeros de aerolíneas.

1. MASC PARA CONSUMIDORES DE PRODUCTOS FINANCIEROS

La red FIN-NET, creada por la Comisión Europea¹³⁰, reúne los MASC especializados en la solución de conflictos transfronterizos entre consumidores y prestadores de servicios del ámbito de las finanzas en el Espacio Económico Europeo (EEE¹³¹). En España, forman parte de la red tanto la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV)¹³², como el Banco de España¹³³ y la Dirección General de Seguros y Fondos de pensiones (DGSFP)^{134, 135}. Estas entidades ofrecen MASC de carácter público, gratuitos para el consumidor, y con compromiso de resolver entre cuatro y seis meses (en función de la entidad ADR¹³⁶) con una solución con efectos de mera recomendación, que no se impone a las partes —por tanto— como obligatoria o definitiva. Si esta vía resultara infructuosa para las partes, porque no fueran capaces de llegar a un acuerdo sobre el resultado, quedará abierta la jurisdicción civil, por entenderse cumplido el requisito de procedibilidad correspondiente.

En cuanto al recurso a estos MASC¹³⁷, la UE lo fomenta, no sólo creando la red citada, sino imponiendo a todos los prestamistas e intermediarios del crédito inmobiliario¹³⁸ la obligación de informar a los prestatarios sobre la existencia de los MASC¹³⁹, lo que queda reflejado en la ley española (con una regulación más generosa en cuanto extiende la protección a más consumidores¹⁴⁰).¹⁴¹

A fin de armonizar la información precontractual en este ámbito¹⁴², la Directiva 2014/17/UE, sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, creó la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), en cuyo punto 12 se alude expresamente a las Reclamaciones y se obliga al empresario a detallar entre otros los datos siguientes: (1) *Contacto interno* para solución de conflictos; (2) *MASC externo* al que puede acceder el consumidor para resolver una controversia que no haya sido resuelta correctamente por la vía de la negociación interna; Y (3) En particular, para relaciones transfronterizas, en la ficha se facilitará al consumidor el *contacto con la red FIN-NET*, a fin de que localice el organismo equivalente en su país.

En España, la garantía del cumplimiento de esta obligación se traslada a notarios y registradores: El artículo 15.2.c Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, dispone que el notario hará constar en acta que ha cumplido con su obligación de informar y asesorar al prestatario sobre cada una de las cláusulas incluidas en la FEIN (la FEIN tiene carácter vinculante¹⁴³). Por consiguiente, informará y asesorará al prestatario sobre los MASC oportunos. En la escritura pública del contrato de préstamo, el notario dejará constancia del acta¹⁴⁴, sin cuya reseña el registrador de la propiedad no inscribirá¹⁴⁵. Se garantiza así que cuando la escritura de préstamo inmobiliario acceda al Registro de la propiedad, el consumidor o prestatario habrá sido debidamente informado sobre la existencia de los MASC, para el caso de que surja conflicto o controversia con el prestamista.

2. MASC PARA PASAJEROS DE AEROLÍNEAS.

Desde 2023, el Ministerio de Transportes y Movilidad sostenible, pone a disposición de los consumidores de servicios prestados por aerolíneas, una entidad oficial especializada en la solución de conflictos entre los usuarios y las aerolíneas: La Agencia Estatal de Seguridad Aérea (AESA), organismo estatal adscrito a la Secretaría de Estado de dicho Ministerio, cumple la función de velar por el cumplimiento de la normativa de aviación civil y cuenta entre sus objetivos con la defensa de los intereses de los usuarios. Interpuesta la reclamación oficial¹⁴⁶, AESA tramitará el asunto gratuitamente y dictará una resolución vinculante para la compañía aérea; Si la compañía no responde en el plazo de un mes, la resolución puede ejecutarse judicialmente. Pero si es el pasajero quien discrepa de la solución, entiendo que quedará abierta la vía de la jurisdicción civil, por haberse cumplido el correspondiente requisito de procedibilidad.

V. CONCLUSIONES.

I. Los medios alternativos de solución de conflictos (ADR u ODR, si son online, por sus siglas en inglés; ahora llamados en España medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional, manteniéndose el acrónimo MASC) han pasado a ser —a partir del 3 de abril de 2024— requisito de procedibilidad para que se admita la demanda ante la jurisdicción civil, con la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del servicio público de justicia. Pasan a ser, así, no sólo una alternativa sino una obligación para quien quiera someter la controversia a los tribunales.

La LOSPJ parte de un concepto amplio de MASC, que abarca desde la simple negociación entre las partes (por ejemplo, a través de los servicios de atención al cliente de una empresa, o bien llegando a la transacción entre las partes,

pasando por la oferta vinculante, el dictamen de experto o la colaboración de los abogados de una y otra parte para alcanzar un acuerdo), hasta los procedimientos desarrollados normativamente para resolver un conflicto por vía extrajudicial (conciliación, mediación, arbitraje). El recurso a cualquiera de estas vías, intentado al menos por una o ambas partes, será suficiente para cumplir el requisito de procedibilidad aludido si está debidamente documentado mediante prueba fehaciente.

II. Si se trata de un arbitraje, esto sólo sucederá si -habiéndolo intentado- no se llega a un acuerdo para iniciarlo, o bien si, una vez concluido, existe causa de anulación del laudo. En los demás casos, el arbitraje -como es sabido- excluye de por sí la jurisdicción.

III. Son muchos los perfiles profesionales llamados a contribuir en el esfuerzo por descargar la carga de los tribunales a través de los MASC: Entre otros, los abogados, mediadores, árbitros, jueces de paz, letrados de la administración de justicia, notarios, o registradores de la propiedad.

IV. El Derecho de consumo presenta, en este ámbito, las siguientes peculiaridades:

- 1.^a La LOSPJ hace un llamamiento especial a los consumidores -para los que considera especialmente útil el recurso a los MASC-, cuando ya han recaído sentencias que resuelven el mismo caso y son fácilmente trasladables, o para el caso de reclamaciones de escasa cuantía. Al efecto, dispone que se introduzca en la LEC un cauce específico para ciertas reclamaciones de cantidad, relacionadas con cláusulas abusivas en contratos de préstamo o crédito, que resultará obligatorio. La obligatoriedad en el caso citado supone una excepción a la regla general, que permite que las partes elijan el MASC que mejor les convenga, de común acuerdo.
- 2.^a En Derecho de consumo, los MASC de carácter procedimental (conciliación, mediación, arbitraje) son servicios públicos y gratuitos, conforme a lo dispuesto en la Ley 7/2017 (de adaptación a la Directiva 2013/11/UE, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo).
- 3.^a El arbitraje de consumo está regulado específicamente y tiene sus contornos propios, que lo diferencian del arbitraje general.
- 4.^a Determinados sectores del ámbito de consumo, especialmente litigiosos, tienen MASC propios: Así sucede con los servicios financieros y las aerolíneas, respectivamente.

V. La ordenación que, en materia de MASC, realiza la LOSPJ es positiva, si bien será necesario esperar para hacer una valoración sobre la medida que introduce al hacer de ellos un requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción civil. Por último, el legislador ha perdido una oportunidad de conectar los MASC con la publicidad registral y sus efectos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE FERNÁNDEZ, B.J. (2023) *La publicidad registral del arbitraje*, Tirant lo Blanch.
- ARGELICH COMELLES, C. (2019). Mediación de Consumo y resolución de conflictos en el ámbito comunitario, En: *Mediaciones Sociales* 19. Madrid: Ediciones Complutense (pp. 71-83).
- BARRAL VIÑALS, I. (2019). La resolución extrajudicial de conflictos con consumidores tras la Ley 7/2017: La mediación de consumo y los otros ADRs. En: *El sistema de ADR/ODR en conflictos de consumo: aproximación crítica y prospección de futuro*. Barral Viñals (dir.). Viola Demestre/Pérez Daudí (coords.). Atelier (pp. 17-50).
- BORRALLO FERNÁNDEZ, C. (2021). Arbitraje de consumo, *Revista Jurídica sobre consumidores*. 9 julio 2021 (pp. 21-39).
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1994). *La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales*. Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo, Colección Estudios.
- DAMIÁN MORENO, J. (2023) En busca de un sistema procesal más eficiente: Una lectura a la luz de las reformas introducidas por el Real Decreto-ley 6/2023. *Foro. Nueva época*, vol. 26, núm. 2, pp. 57-91.
- DEL ÁGUILA MARTÍNEZ, J. (2022). *Solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo* Solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo (ual.es)
- FERNÁNDEZ CABALLERO, G. (2013). El arbitraje institucional, En: Virginia De Carvalho Leal (coord.), *El Derecho y sus razones* (pp. 221-227).
- FUENTE NORIEGA, M. (2016). Resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo. En: Alicia de León Arce (dir.), *Derecho de los consumidores y usuarios*, 3ª ed., Tomo II (pp. 2501-2623).
- FUENTES GÓMEZ, J.C. (2017). La mediación en materia de consumo. *Diario La Ley*, núm. 9104, 1-7.
- GARCÍA MONTORO, L. (2015). La conciliación en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 15, 101-106.
- MARTÍN DIZ, F. (2022). Mediación y sistema de justicia: A propósito de las reformas legislativas para la eficiencia procesal de la Administración de Justicia y la incorporación de los denominados "medios adecuados de solución de controversias". *La Ley. Mediación y arbitraje*, núm. 12, 2-19.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2018). Un paso adelante en la protección del consumidor en el comercio electrónico: la resolución de litigios en línea, *Revista doctrinal. Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1, 29-70.
- ORTÍZ GÓMEZ, E/MUÑOZ PÉREZ, Y. (2021). Costas y honorarios en mediación, *Diario del Mediador*, 25.06.2021.
- PAZOS CASTRO, R. (2017). *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson-Reuters.
- PÉREZ DAUDÍ, V. (2019). La imposición de los ADR *ope legis* y el derecho a la tutela judicial efectiva. *InDret*, 2/2019, 1 Abril 2019, 1-40.

- PÉREZ DAUDÍ, V. (2020) La problemática de los ADR en materia de consumo y vivienda y la aplicación de las decisiones automatizadas. *Revista de la Asociación de profesores de Derecho procesal de las Universidades españolas*, Tirant lo Blanch, núm. 1, 88-125.
- PÉREZ DAUDÍ, V. (2022) Los ADR en materia de consumo y la eficacia de la Justicia: ¿Realmente protegen al consumidor? En: S. Barona Vilar, *Justicia poliédrica en periodo de mudanza*. Valencia: Tirant lo Blanch, 249-271.
- RAMOS ROMEU, F. (2022). La decisión del consumidor de mediar o litigar con distintas reglas de recuperación de gastos. En: Manuel Cachón Cadenas/Vicente Pérez Daudí (dirs.), *Proceso y consumo*, Atelier, pp. 135-188.
- SOLETO MUÑOZ, H. (2018). Derecho Colaborativo: nuevo paradigma en el ejercicio profesional de los abogados. *Abogacía Española*. [En línea], 18.01.2018, disponible en Derecho Colaborativo: nuevo paradigma en el ejercicio profesional de los abogados - Abogacía Española (abogacia.es)
- TORRE SUSTAETA, M^a V. (2021). La mediación obligatoria: redefiniendo los métodos alternativos de resolución de conflictos. *Diario La Ley*, núm. 9853, 19.05.2021.
- VERDÚN PÉREZ, F. (2024). *Análisis y síntesis de la jurisprudencia del TJUE interpretadora de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, con propuestas de lege ferenda a fin de elevar la protección del consumidor*. Colección Derecho Privado, Editorial BOE.

VII. ÍNDICE NORMATIVO

- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).
- Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (*Digital Services Act*, DSA).
- Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n° 1093/2010.
- Directiva 2013/11/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo).
- Reglamento (UE) n° 524/2013 del Parlamento europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE.
- Directiva 2008/52/CE, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, por la que se establecen normas de mínimos para fomentar la mediación en litigios transfronterizos.
- Directiva 93/13/CEE, sobre Cláusulas abusivas.
- Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (LOSPJ).
- Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda.
- La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

- Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria (LJV).
- Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles (LM).
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción social.
- Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado.
- Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (LA).
- Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la sociedad de la información (LSSI).
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil (LEC).
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones generales de la contratación.
- Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal.
- Ley de 28 de mayo de 1862, orgánica del Notariado.
- Real Decreto 713/2024, de 23 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que regula el Sistema Arbitral de Consumo (RDSAC).
- Real Decreto-Ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del plan de recuperación, transformación y resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo.
- Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.
- Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (derogado).
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU).
- Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (LH).
- Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código civil (CC).
- Orden JUS/746/2014, de 7 de mayo, por la que se desarrollan los artículos 14 y 21 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, y se crea el fichero de mediadores e instituciones de mediación.
- Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia y de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios (B.O.C.G., 22.03.2024). En el texto: *Anteproyecto 2024*.
- Anteproyecto de ley de creación de autoridad administrativa independiente de defensa del cliente financiero para la resolución extrajudicial de conflictos, de 5 de abril de 2022.
- Anteproyecto de Ley de Medidas de eficiencia procesal del Servicio público de justicia (2020).

NOTAS

¹ Este trabajo se inserta en el Proyecto de la Agencia Estatal de Investigación “Hacia un Derecho procesal de consumo: un paso en la modernización de la jurisdicción civil en el contexto europeo” (PID2020-117624GB-I00).

² Conforme a su Disposición final trigésimo octava, 1.

³ Esta denominación aparecía en el Proyecto de Ley orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia y de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios (B.O.C.G., 22.03.2024), y se consolida con la recientemente aprobada LOSPJ.

⁴ La abreviatura está acuñada oficialmente: <https://www.administraciondejusticia.gob.es/que-son-los-masc>.

⁵ *Alternative Dispute Resolution*.

⁶ *Online Dispute Resolution*.

⁷ Este adjetivo procede de la normativa europea; Lo encontramos, por ejemplo, en la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

⁸ Artículo 5 LOSPJ.

⁹ Directiva 2013/11/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo); Y Reglamento (UE) n° 524/2013 del Parlamento europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE.

¹⁰ La Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, sienta las bases del sistema oficial de acreditación de las entidades de resolución alternativa de conflictos y su conexión con la red europea generada a tal efecto por la citada Directiva. Se pretende así alcanzar mejores resultados en la gestión de solución de litigios transfronterizos.

¹¹ El legislador explica en el Preámbulo (IV) LOSPJ, que quedan excluidas del ámbito de aplicación de esta ley *las materias concursal y laboral*, que se registrarán en cuestión de MASC por su propia normativa, así como el Derecho penal y los asuntos en que uno de los contendientes sea una entidad pública; Esto queda plasmado en el artículo 3 LOSPJ.

¹² Artículos 5 y 10 LOSPJ. Este último dispone que la actividad negociadora o su intento debe quedar debidamente documentado a fin de cumplir el requisito de procedibilidad, y describe las características que debe reunir esa documentación para considerarse suficiente, según los casos.

¹³ Este plazo puede deducirse tanto del artículo 10.4 LOSPJ, como del artículo 7.1 LOSPJ, que dispone que —transcurridos treinta días desde la propuesta de negociación o acuerdo (siguiendo las pautas del primer apartado de este artículo), sin recibir respuesta escrita de la otra parte— se reanude el cómputo de los plazos de prescripción y caducidad interrumpido por la solicitud de uno de los contendientes al otro para iniciar un MASC. Sin embargo, no es el único, pues el mismo artículo 10 LOSPJ distingue otros supuestos, que tienen asociado otro plazo (que va de treinta días a tres meses), a la vez que puede prescindirse de él *si cualquiera de las partes se dirige por escrito a la otra dando por terminadas las negociaciones, quedando constancia del intento de comunicación de ser esa su voluntad*. En conclusión, cualquiera de las partes tiene en su mano cerrar el proceso de negociación e iniciar con esa documentación la vía judicial.

¹⁴ Al respecto se han ido pronunciando otros autores, en la etapa de debate de los trabajos previos a la LOSPJ: Por ejemplo, MARTÍN DIZ, F. (2022) Mediación y sistema de justicia: A propósito de las reformas legislativas para la eficiencia procesal de la Administración de Justicia y la incorporación de los denominados "medios adecuados de solución de controversias". *La Ley. Mediación y arbitraje*, núm. 12, pp. 2-19. O bien, más recientemente, DAMIÁN MORENO, J. (2023) En busca de un sistema procesal más eficiente: Una lectura a la luz de las reformas introducidas por el Real Decreto-ley 6/2023. *Foro. Nueva época*, vol. 26, núm. 2, pp. 57-91. Con ocasión del estudio del Real Decreto-Ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del plan de recuperación, transformación y resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo, el autor se pronuncia sobre los MASC —que, si bien no son regulados en dicha norma, sí son anunciados en ella—, critica la idea de que sean fruto del pensamiento ilustrado y apunta a que el motivo por el que se introducen y fomentan es reducir la carga de los tribunales; y, citando a Ignacio Díez-Picazo, alude a las *nuevas oportunidades de negocio* en el mercado legal que el fomento de estas medidas supone (p. 83); El autor, sin dejar de aludir a las posibles ventajas de los MASC, contempla también los *problemas prácticos* que puede traer consigo el sistema proyectado *sobre todo si de lo que se trata es de que el juez valore retrospectivamente el grado de colaboración que una parte ha puesto en la resolución de la controversia y si ha hecho un uso responsable o irresponsable de la justicia* (p. 85).

¹⁵ El abuso público de justicia se erige como principio informador de los criterios de imposición de costas, *al sancionar a quien rehusó injustificadamente acudir a un MASC cuando este fuera preceptivo*, como explica el legislador en el Preámbulo (IV) LOSPJ.

¹⁶ Véase el índice normativo que, al final de este trabajo, cita más de treinta normas relacionadas con la materia, que han servido como material básico para la elaboración del estudio que se presenta. Cierto es que la LOSPJ ha venido a establecer orden en lo que hasta ahora era un panorama muy necesitado de él.

¹⁷ Así lo ponen de relieve tanto los textos nacionales y europeos que consideraremos más adelante, específicos para los MASC en Derecho de consumo, como el Preámbulo (IV) LOSPJ.

¹⁸ Artículo 2 LOSPJ. La norma alude a la variedad de normativa aplicable, estatal y autonómica.

¹⁹ Así se recuerda expresamente en el Preámbulo de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado (I, párrafo tercero), con cita de las Sentencias del Tribunal Constitucional 43/1988 y 62/1991. En relación con el arbitraje institucional, puede verse el estudio de FERNÁNDEZ CABALLERO, G. (2013). El arbitraje institucional. *El Derecho y sus razones*, pp. 221-227.

²⁰ Artículo 19.1.I LEC: Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación, *a cualquier otro medio adecuado de solución de controversias* o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero. [La cursiva se corresponde al texto introducido tras la modificación del precepto por la LOSPJ].

²¹ Citación para la vista; Artículos 440 (que alude a la negociación y a la mediación) y 443 LEC.

²² A juicio de PÉREZ DAUDÍ, V. (2019). La imposición de los ADR *ope legis* y el derecho a la tutela judicial efectiva. *InDret*, 2/2019, 1 Abril (pp. 1-40), siguiendo la doctrina del TJUE y del TC, es posible imponer un ADR —sea o no vinculante su resultado— si queda abierto el acceso a la jurisdicción para revisar el fondo del asunto; Por consiguiente, en relación con el arbitraje, deberían ampliarse las causas de revisión del laudo por un órgano judicial (p. 26). El autor considera que la obligatoriedad del ADR no revierte necesariamente en la mejor

protección del consumidor (p. 27-28) y critica la huida de la jurisdicción hacia los órganos administrativos, habida cuenta que el recurso contra la resolución irá por la vía contencioso-administrativa, con una capacidad de actuación más limitada que la jurisdicción civil (pp. 31-32). En un trabajo posterior PÉREZ DAUDÍ, V. (2022). Los ADR en materia de consumo y la eficacia de la Justicia: ¿Realmente protegen al consumidor?. *Justicia poliédrica en periodo de mudanza*, Tirant lo Blanch (pp. 249-271), el autor matiza su opinión al sostener que *puede ser conveniente y oportuno* imponer el ADR antes del procedimiento judicial en Derecho de consumo, manteniendo que en ningún caso esto puede impedir el acceso a la jurisdicción (p. 262).

²³ Sentencia TC (Pleno) 1/2018, de 11 de enero de 2018. Cuestión de inconstitucionalidad 2578-2015. Planteada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña con respecto al artículo 76 e) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro. Asuntos: Principio de exclusividad jurisdiccional y derecho a la tutela judicial efectiva: nulidad del precepto que prescinde de la voluntad de una de las partes en el sometimiento a arbitraje de cualquier controversia que pueda suscitarse en relación con el contrato de seguro. Con tres votos particulares, uno de ellos compartido. ECLI:ES:TC:2018:1. Previamente, había recaído sentencia favorable a un particular de sometimiento de la controversia al arbitraje en virtud del artículo anulado.

²⁴ Así lo dispone, con carácter general el artículo 4.1.II LOSPJ. También lo hace la normativa específica de los distintos MASC: En relación con la conciliación, quedan excluidas las materias no disponibles (relativas a menores, personas con discapacidad, y, en general, las que no son *susceptibles de transacción ni compromiso*; artículo 139.2 Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria; LJV); En la mediación, quedan también excluidas las materias indisponibles (Exposición de motivos, II, y artículo 2.1 Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles; LM); Y lo mismo sucede en el arbitraje general (artículo 2 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje; LA) y en el específico arbitraje de consumo (artículo 2.1 Real Decreto 713/2024, de 23 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que regula el Sistema Arbitral de Consumo; RDSAC).

²⁵ La LOSPJ alude sistemáticamente a la neutralidad del tercero (por ejemplo, en los artículos 7.2, 10.3, 11 o 15). En las leyes especiales que regulan distintos tipos de MASC se requieren expresamente esas características: Así, en relación con la mediación, artículo 7 LM; Para el árbitro, artículos 15 y 17 LA, y, si es de consumo, artículo 15 RDSAC. En relación con la conciliación, tanto la Exposición de Motivos (con carácter genérico), como el artículo 140.2 LJV (en particular), refuerzan esta idea de independencia del tercero.

²⁶ Artículo 11 LOSPJ. En esta norma, el legislador hace además una genérica declaración de voluntad de asegurar que existan *mecanismos públicos para la solución de conflictos de acceso gratuito para las partes*. Como veremos, la gratuidad se cumple ya para la solución de conflictos en materia de consumo.

²⁷ AGUIRRE FERNÁNDEZ, B.J. (2023) *La publicidad registral del arbitraje*, Tirant lo Blanch.

²⁸ Si las partes accedían en la Audiencia previa a intentar el acuerdo, se aplicaba lo dispuesto en el artículo 415 LEC, titulado *Intento de conciliación o transacción*, mientras que luego el texto del artículo se refería el legislador a la *mediación* en lugar de a la conciliación. La LOSPJ ha modificado el texto del artículo, que ahora se titula *Intento de solución extrajudicial de la controversia*.

²⁹ Proyecto de Ley Orgánica de medidas de eficiencia del Servicio Público de Justicia y de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios (B.O.C.G., 22.03.2024).

³⁰ Disposición adicional tercera del *Anteproyecto 2024*, titulada *Referencias a la mediación en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*.

³¹ Título IX de la Ley de Jurisdicción voluntaria, artículos 139-148. Supletoriamente, se aplicará la LEC (artículo 8 LJV).

³² Conforme al artículo 140 LJV, un secretario judicial (figura que ha sido sustituida por la del letrado de la administración de justicia, y que la LOSPJ podía haber aprovechado para adaptar).

³³ Artículos 63 y siguientes de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción social.

³⁴ Artículos 81 y siguientes de la Ley Orgánica de 28 de mayo de 1862, del Notariado (en adelante, LN).

³⁵ Artículo 103.bis de la Ley Hipotecaria (Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria; en adelante, LH).

³⁶ La Ley citada prevé también la conciliación ante notario y la conciliación registral, introduciendo las oportunas modificaciones en las respectivas leyes, del Notariado e Hipotecaria (véase las notas inmediatamente anteriores).

³⁷ El artículo 15.2 LOSPJ, requiere que el conciliador esté colegiado, o bien inscrito en un registro de mediadores o pertenezca a una institución de mediación homologada. Si se trata-se de una sociedad profesional, debe cumplir también los requisitos formales correspondientes (detallados en la letra *c* del precepto citado).

³⁸ El artículo 142 LJV dispone que en el plazo de cinco días hábiles desde que se presenta la solicitud se dicte resolución sobre su admisión y se cite a los interesados para el acto de conciliación, que tendrá lugar en un plazo no inferior a cinco días ni superior a diez días desde dicha resolución. Si uno de ellos no asistiera por justa causa, se citará de nuevo a los interesados en los cinco días siguientes al de suspensión del acto (artículo 144.4 LJV).

³⁹ Artículo 141.3 LJV.

⁴⁰ FUENTE NORIEGA, M. (2016). Resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo. En: Alicia de León Arce (dir.), *Derecho de los consumidores y usuarios*, 3ª ed., Tomo II, pp. 2501-2623, p. 2505.

⁴¹ En relación con la conciliación, si las partes no llegan a un acuerdo, el conciliador *procurará avenirlos, permitiéndoles replicar y contrarreplicar* (artículo 145.3 LJV).

⁴² FUENTE NORIEGA, M. (2016). Resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo. En: Alicia de León Arce (dir.), *Derecho de los consumidores y usuarios*, 3ª ed., Tomo II, pp. 2501-2623, p. 2505.

⁴³ Otras diferencias entre la conciliación y la mediación fueron destacadas por GARCÍA MONTORO, L. (2015) La conciliación en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 15, pp. 101-106.

⁴⁴ Artículo 145.4 LJV, que se remite a la LEC en este aspecto.

⁴⁵ Artículo 145.3 LJV.

⁴⁶ Artículo 146 LJV.

⁴⁷ Conforme a lo dispuesto en el Título I LOSPJ.

⁴⁸ Artículo 147 LJV. Lo convenido puede ser impugnado por las mismas causas que invalidan los contratos, en un plazo de quince días y conforme a lo dispuesto en el artículo 148 LJV.

⁴⁹ Esta ley implementa la Directiva 2008/52/CE, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, por la que se establecen normas de mínimos para fomentar la mediación en litigios transfronterizos.

⁵⁰ La Orden JUS/746/2014, de 7 de mayo, desarrolla los artículos 14 y 21 del Real Decreto citado y crea el fichero de mediadores e instituciones de mediación [Mediadores e Instituciones de Mediación - Registros (mjusticia.gob.es)].

⁵¹ La propia ley hace indicación de los asuntos —civiles y mercantiles— que pueden resolverse por esta vía. Las Comunidades Autónomas han legislado en la materia, si bien las leyes de mediación llevan en general el adjetivo *familiar*, con algunas excepciones.

⁵² Sintetiza el legislador en el Preámbulo LOSPJ (IV) en qué han consistido estos cambios: *entre otros, los efectos de la mediación sobre los plazos de prescripción y caducidad, su conexión con*

el requisito de procedibilidad establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, los requisitos que han de cumplirse para ello, la armonización del requisito de confidencialidad con la regulación contenida en la presente ley para los restantes medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional, la asistencia letrada, la sesión inicial, la sesión constitutiva y la derivación intrajudicial.

⁵³ Artículo 11 LM.

⁵⁴ Artículo 9 LM.

⁵⁵ La LM contiene el estatuto mínimo del mediador en su Título III.

⁵⁶ Las funciones del mediador están enumeradas en el artículo 13 LM, conforme al cual, éste debe facilitar la comunicación entre las partes, y velar para que reciban la información y asesoramiento necesarios, así como para que se aproximen sus posiciones, si bien —a diferencia de lo que sucede con el conciliador— al mediador no se le pide que formule soluciones adecuadas.

⁵⁷ Artículo 24.2 LM. También, en idéntico sentido y con carácter general para los distintos MASC, el artículo 8 LOSPJ.

⁵⁸ FUENTE NORIEGA, M. (2016). Resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo. En: Alicia de León Arce (dir.), *Derecho de los consumidores y usuarios*, 3ª ed., Tomo II, pp. 2501-2623, p. 2505.

⁵⁹ Exposición de Motivos, apartado III, LM. Esto, claro está, siempre y cuando la materia sea dispositiva (artículo 2 LM).

⁶⁰ Artículo 23 LM.

⁶¹ Artículo 15 LM. No obstante, las Comunidades Autónomas podrán, si legislan en la materia, prever otra cosa.

⁶² En el blog especializado *Diario del Mediador*, ORTÍZ GÓMEZ, E./MUÑOZ PÉREZ, Y. (2021) Costas y honorarios en mediación [En línea], publicado el 25 de junio, distinguen en función de la Comunidad que presta el servicio: Por ejemplo, las costas del MEDIAICAM —instituto de mediación del Ilustre Colegio de Madrid— venían siendo —al tiempo de la publicación— de un mínimo de 72,60 euros por interviniente, de entrada, más un precio por sesión en torno a cien euros, salvo beneficiarios del servicio de justicia gratuita.

⁶³ Artículo 15 LA. También cuando el arbitraje se resuelva por tres o más árbitros se requerirá que al menos uno de ellos tenga la condición de jurista.

⁶⁴ Artículo 8.1.f TRLGDCU, que hace además una especial referencia a las personas vulnerables.

⁶⁵ Ya se citaron, en este sentido, tanto la Directiva 2013/11/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifican el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE; como el Reglamento (UE) nº 524/2013 del Parlamento europeo y del Consejo, de la misma fecha, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifican el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE.

⁶⁶ La Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición, es la entidad acreditadora, como regla general (la ley prevé algunas excepciones).

⁶⁷ Conviene distinguir entre aquellos sistemas de arbitraje o mediación debidamente acreditados y los que no lo son. La ley europea (y, siguiéndola, la nacional) ha desarrollado una red de MASC oficialmente acreditados e interconectados a través de un punto nacional y un centro europeo de sistemas denominados ADR (*alternative dispute resolution*) y, si son online, ODR (*online dispute resolution*). En la Unión Europea, la Directiva 2013/11/UE, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (traspuesta al ordenamiento español a través de la citada Ley 7/2017, por la que se incorpora la Directiva 2013/11/UE de resolución alternativa de litigios en materia de consumo), establece los requisitos de calidad mínimos que deben cumplir las entidades de resolución alternativa de conflictos, y el Reglamento (UE) nº 524/2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo, dispone —por su parte— que exista una

plataforma europea de resolución de litigios en línea (artículo 5), que ofrezca gratis un sistema electrónico de tramitación, al que se acceda a través de un formulario electrónico, transmitiendo la reclamación a la entidad acreditada de resolución que las partes hayan acordado. A fin de que exista información pública sobre las entidades de resolución alternativa de conflictos, el Reglamento crea un Registro de entidades acreditadas en la Plataforma (Red de Centros europeos del consumidor): El artículo 7 regula la Red de puntos de contacto estatales que aportan la información sobre las entidades autorizadas en el mismo (cada Estado nombra un punto de contacto). En España, el punto de contacto es el CEC (*Centro Europeo del Consumidor en España*), adscrito al Ministerio de Consumo. El CEC constituye el punto de unión o contacto entre las entidades ADR en España y la Comisión Europea, que actúa a través de la Plataforma ODR. Mientras esta última requiere que los conflictos se hayan originado por compraventas o contratos de servicios celebrados en línea, la legislación española es más amplia y admite que los consumidores acudan a las entidades ADR acreditadas con independencia de si contrataron en línea o no (Considerando III y artículo 3.1 de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo). Como punto de conexión con la Plataforma ODR, el CEC debe prestar asistencia a los consumidores en la presentación de reclamaciones a través de la Plataforma.

⁶⁸ En su Considerando 41, la Directiva citada indica que estos procedimientos deben ser *preferiblemente* gratuitos para el consumidor; Y en el artículo 8.c dispone *que el procedimiento de resolución alternativa sea gratuito o se preste a cambio de un precio simbólico para los consumidores*, como requisito de la eficacia de estos medios, por la que deben velar los Estados miembros. El legislador español fue más generoso y plasmó en el artículo 11 Ley 7/2017 la absoluta gratuidad de estos procedimientos.

⁶⁹ Tanto el empresario que celebre contratos en línea, sea de compraventa o de prestación de servicios, como las plataformas de comercio electrónico o mercados en línea, deberán incluir en su sitio web un enlace que permita un acceso identificable y fácil a la plataforma de resolución de litigios en línea de la UE.

⁷⁰ Con este fin, se crean MASC especializados, como veremos más adelante.

⁷¹ Por ejemplo, en la adquisición de una vivienda, será determinante para que se aplique el Derecho de consumo, que la compra no se realice con fines de alquiler o reventa, sino por el *destinatario final*, esto es, por quien va a habitar la casa, y —de otra parte— que el vendedor sea un profesional o empresario (en este sentido, CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1994). *La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales*. Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo, Colección Estudios (p. 29). A juicio de PÉREZ DAUDÍ, V. (2020) La problemática de los ADR en materia de consumo y vivienda y la aplicación de las decisiones automatizadas. *Revista de la Asociación de profesores de Derecho procesal de las Universidades españolas* (Tirant lo Blanch, núm. 1, pp. 88-125, pp. 92-101), cuando los legisladores europeo y nacional fomentan los ADR para proteger al consumidor, refuerzan indirectamente la protección del titular de la vivienda. Como es sabido, la Ley del crédito inmobiliario ha jugado un papel muy importante en la protección del consumidor del mercado financiero que da en garantía su vivienda o bienes inmuebles de uso personal; Este propósito del legislador ha venido a ser complementado posteriormente, con la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, que introduce la obligatoriedad de adhesión de las entidades financieras a sistemas alternativos de solución de conflictos de carácter público y gratuito.

⁷² Discurso ante el Congreso de los Estados Unidos, 15 de marzo de 1962.

⁷³ TFUE, Tercera Parte, Título XV: *Protección de los consumidores* (artículos 169 y ss.).

⁷⁴ VERDÚN PÉREZ, F. (2024). *Análisis y síntesis de la jurisprudencia del TJUE interpretadora de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, con propuestas de lege ferenda a fin*

de elevar la protección del consumidor, Colección Derecho Privado, editorial BOE, pp. 66 y siguientes. Como explica el autor, el TJUE (en particular, al interpretar la Directiva 93/13/CEE, sobre Cláusulas abusivas), ha evolucionado desde un concepto de consumidor referido a la persona física que contrata con un empresario, a un concepto amplio, que incluye por ejemplo comunidades de propietarios, siendo suficiente el predominio de la actividad no profesional frente a la profesional (por ejemplo, en contratos con doble finalidad). De otra parte, el autor indica que en España, las Comunidades Autónomas han legislado al respecto y que, en particular, la admisión —por el Código de Comercio de Cataluña— de los profesionales autónomos y las microempresas en el concepto de consumidor, aunque protectora, no está exenta de complejidades.

⁷⁵ Artículo 60.2.k TRLGDCU. En relación con la contratación a distancia o fuera de establecimiento mercantil, el artículo 97.1.u TRLGDCU dispone que el empresario debe facilitar al consumidor la información precontractual relativa, *cuando proceda, a la posibilidad de recurrir a un mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos al que esté sujeto el empresario y los métodos de acceso a éste*. En teoría, además, esta información debería constar en los códigos de conducta de las empresas, sobre los que también debe informar el empresario (artículo 97.1.o TRLGDCU), ya que la ley prevé que en ellos se establezcan *sistemas eficaces de resolución extrajudicial de reclamaciones* que pasen los controles de la UE para formar parte de la red europea de órganos nacionales de solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo (artículo 37.4 Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal). También la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la sociedad de la información (en adelante, LSSI), en su artículo 32, dispone que los códigos de conducta pueden establecer los sistemas de solución de controversias que surjan en la contratación electrónica, que podrán valerse de medios electrónicos.

⁷⁶ Las plataformas pueden responder solidariamente con la empresa vendedora online en determinados supuestos. En sus condiciones generales, las plataformas deben incluir la información relativa al *sistema interno de gestión de reclamaciones*, claramente expresada y abierta al público, conforme a lo dispuesto en el artículo 14.1 Reglamento (UE) 2022/2065, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (*Digital Services Act*, DSA). El sistema interno de gestión de reclamaciones será un servicio gratuito para los destinatarios del servicio de intermediación, sean personas físicas o jurídicas (artículo 20 DSA); Por otra parte, estas personas o destinatarios del servicio de intermediación *tendrán derecho a elegir cualquier órgano de resolución extrajudicial de litigios* debidamente autorizado (artículo 21.1 y 3 DSA). Resulta curioso comprobar que, entre los deberes de *transparencia informativa de los prestadores de plataformas en línea* se encuentra la de informar pública y anualmente sobre el número de litigios sometidos a órganos de resolución extrajudicial (*artículos 15 y 24.1.a DSA*).

⁷⁷ Artículos 57.4, 82.4.b, 86.7 y 10 TRLGDCU y artículo 8 Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones generales de la contratación. Artículo 90.1 TRLGDCU. Artículo 3.3 en relación con el punto 1.q del Anexo, ambos de la Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas. Sobre la no vinculación de las cláusulas abusivas, véase: PAZOS CASTRO, R.; *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, Aranzadi Thomson-Reuters, 2017, pp. 710-716.

⁷⁸ Así se dispone en el artículo 97 bis.1.f TRLGDCU, para los contratos en línea (mientras que para los contratos a distancia en general, se especifica sin embargo que se suministrará información, *cuando proceda, sobre la posibilidad de recurrir a un mecanismo extrajudicial de conflictos al que esté sujeto el empresario*, artículo 97.1.u TRLGDCU).

⁷⁹ Artículo 97.bis.2 TRLGDCU.

⁸⁰ Artículo 90.1 TRLGDCU. La cláusula se incluye en la lista negra del Anexo a la Directiva 93/13/CEE (núm. 1.q), sobre cláusulas abusivas.

⁸¹ Artículo 57.4 TRLGDCU.

⁸² Ley 7/2017, por la que se incorpora la Directiva 2013/11/UE de resolución alternativa de litigios en materia de consumo; Véase el artículo 2, letras *j*, *k*, *l*, en relación con el artículo 3.2.a. Principalmente (aunque no sólo), a la hora de regular los efectos de los pactos previos y posteriores al procedimiento, se distingue entre unos procedimientos y otros según su resultado sea o no vinculante (artículos 13 a 16 Ley 7/2017).

⁸³ Preámbulo (IV), y artículos 17 y 18 LOSPJ.

⁸⁴ Artículo 18.2.f) TRLGDCU.

⁸⁵ El artículo 21 TRLGDCU expresamente reconoce estos supuestos (reclamaciones en casos de *error*; *defecto* o *deterioro*, si bien sólo deja sentado que procederá la solución del conflicto —con restitución recíproca de las prestaciones, si procede— en los casos de falta de conformidad, sin aludir en este punto al error; Para personas vulnerables, artículo 8.2, último inciso, TRLGDCU).

⁸⁶ Artículo 21.2 TRLGDCU.

⁸⁷ Disposición adicional séptima LOSPJ, en relación con lo dispuesto en el artículo 21.3 y 4 TRLGDCU.

⁸⁸ De hecho, la negociación se impone como requisito previo para acudir a un MASC (artículo 18.1 Ley 7/2017).

⁸⁹ La oferta vinculante confidencial está regulada en el artículo 17 LOSPJ, pero hace mención a ella también el artículo 6 LOSPJ, al exigir asistencia de letrado cuando la cuantía controvertida supere los dos mil euros, como regla general.

⁹⁰ Una oferta debe incluir, por ejemplo, precios o costes, condiciones (por ejemplo, para la formalización del contrato), duración de la oferta, y —si es muy detallada— indicar si se considera vinculante o no para el oferente en caso de ser aceptada.

⁹¹ Artículos 1203 y siguientes del Código civil.

⁹² Entre otros, puede verse el trabajo de SOLETO MUÑOZ, H. (2018). Derecho Colaborativo: nuevo paradigma en el ejercicio profesional de los abogados. Abogacía Española. [En línea] 18 de enero, disponible en: Derecho Colaborativo: nuevo paradigma en el ejercicio profesional de los abogados - Abogacía Española (abogacia.es)

⁹³ El contrato de transacción está regulado en el Código civil (artículos 1809-1819), que permite distinguir entre la transacción judicial y la extrajudicial (artículo 1809 CC).

⁹⁴ Artículo 19 LEC, que permite a la vez que las partes dispongan del objeto de juicio para resolverlo por otras vías, como la mediación o el arbitraje.

⁹⁵ Real Decreto 713/2024, de 23 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que regula el Sistema Arbitral de Consumo (en adelante, RDSAC).

⁹⁶ Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Hasta que fue reformada por la citada Ley 7/2017, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles excluía de la mediación los asuntos de consumo. Véase: ARGELICH COMELLES, C., (2029). Mediación de Consumo y resolución de conflictos en el ámbito comunitario. *Mediaciones Sociales* 19, 71-83, p.72.

⁹⁷ BARRAL VIÑALS, I. (2019) La resolución extrajudicial de conflictos con consumidores tras la Ley 7/2017: La mediación de consumo y los otros ADRs. En: Barral Viñals (dir.), Viola Demestre/Pérez Daudí (coords.), *El sistema de ADR/ODR en conflictos de consumo: aproximación crítica y proyección de futuro*, Atelier, pp. 17-50, p. 25.

⁹⁸ BARRAL VIÑALS, I. *Ob. Cit.*, pp. 27 y 33-38. En relación con la plataforma europea de MASC y la solución de controversias transfronterizas online, MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2018). Un paso adelante en la protección del consumidor en el comercio electrónico: la resolución de litigios en línea. *Revista doctrinal. Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1 (pp. 29-70), analiza las medidas que la UE ha puesto en marcha para garantizar la protección del consumidor transfronterizo online, con una valoración positiva de las mismas, aunque sólo el tiempo dirá si finalmente se logra la deseada eficacia.

⁹⁹ Aunque se trata de una observación muy básica, conviene distinguir entre una y otra cosa. Por ejemplo, PÉREZ DAUDÍ, V., (2020). La problemática de los ADR en materia de consumo y vivienda y la aplicación de las decisiones automatizadas. *Revista de la Asociación de profesores de Derecho procesal de las Universidades españolas*. Tirant lo Blanch, núm. 1 (pp. 88-125), mientras opina que lo primero no plantea problema, considera que sí lo supondría lo segundo, esto es, admitir la solución automatizada (pp. 113-119).

¹⁰⁰ Había estado excluida, como antes se indicó, hasta 2017 (artículo 2.2.d LM, en su antigua redacción); ARGELICH COMELLES, C. (2019). Mediación de Consumo y resolución de conflictos en el ámbito comunitario. En: *Mediaciones Sociales*, pp. 71-83, p.72. Sin embargo, tras la Directiva 2013/11/UE, de resolución alternativa de litigios en materia de consumo, se admite expresamente la mediación en consumo por la Ley 7/2017, de incorporación de la citada Directiva, que suprime la letra d en el artículo 2.2 LM.

¹⁰¹ Artículo 11 Ley 7/2017.

¹⁰² Artículo 10 Ley 7/2017.

¹⁰³ Como se explicó en relación con su precedente, el Anteproyecto de Ley de Medidas de eficiencia procesal del Servicio público de justicia (2020), si bien una de las características que parecían esenciales en la mediación —la voluntariedad— quedará sustituida o reemplazada por la obligatoriedad, permanecerá un aspecto de la voluntariedad al poder elegir los contendientes el MASC y, en caso de optar por la mediación, tener en su mano la aceptación o no del resultado; TORRE SUSTAETA, M^a V. (2021) La mediación obligatoria: redefiniendo los métodos alternativos de resolución de conflictos. *Diario La Ley*, núm. 9853, 19 de mayo.

¹⁰⁴ Artículo 9 Ley 7/2017.

¹⁰⁵ Artículo 4 RDSAC.

¹⁰⁶ Artículos 57 y 58 TRLGDCU.

¹⁰⁷ Artículo 1 RDSAC. La norma adapta el SAC a lo dispuesto en la ya citada Directiva 2013/11 sobre MASC, y a la Ley 7/2017, que la incorpora.

¹⁰⁸ Disposición final segunda RDSAC; En lo que se refiere a la forma y el contenido del laudo, la norma se remite directamente a lo dispuesto en la ley general de arbitraje (artículo 44.1 RDSAC).

¹⁰⁹ El órgano arbitral puede ser unipersonal o colegiado, integrado entonces por tres árbitros, dependiendo de los casos (artículos 8.2, 12 y 13 RDSAC).

¹¹⁰ Artículo 10.1 RDSAC. La titulación en Derecho se requiere tanto si el arbitraje es de Derecho como si es de equidad. No obstante el nuevo Real Decreto admite excepciones —con ciertas garantías— cuando la reclamación no sea compleja y se resuelva conforme a la equidad (artículo 10.2.II RDSAC).

¹¹¹ Artículo 1.2 RDSAC.

¹¹² Artículo 2.1 RDSAC. Si existiera norma imperativa, ésta ha de respetarse, el laudo no puede alterar su contenido; De lo contrario, sería nulo. La norma excluye expresamente las materias asociadas a delitos y las referidas a servicios públicos no económicos o prestacionales (artículo 2.2 RDSAC).

¹¹³ Artículo 34 LA.

¹¹⁴ El Sistema Arbitral de Consumo (SAC; artículos 57 y 58 TRLGDCU), se concibe como un procedimiento voluntario extrajudicial y sin formalidades especiales, pero cuyo resultado —decidido conforme a la equidad, salvo pacto en contrario— es vinculante y ejecutivo para las partes (así se propone en el artículo 57.2 TRLGDCU y se confirma en los artículos 1.3, 24.2, y 31.4 RDSAC).

¹¹⁵ Tanto en su Preámbulo (III), como —expresamente— en el artículo 31.1 RDSAC.

¹¹⁶ Regulado en el artículo 23 RDSAC.

¹¹⁷ Será suficiente incluso con que el empresario utilice el distintivo público de adhesión al SAC (artículo 23.4 RDSAC).

¹¹⁸ Disposición Adicional Tercera LSSI, y artículo 31.2 RDSAC.

¹¹⁹ En el preámbulo del derogado Real Decreto 231/2008, se aludía al *antiformalismo del Sistema Arbitral de Consumo* y a los *requisitos mínimos de la solicitud de arbitraje*; Las solicitudes podían presentarse por escrito, por vía electrónica, o a través del procedimiento de arbitraje de consumo electrónico, o *por cualquier otro medio que permitiera tener constancia de la solicitud y de su autenticidad*, si bien debían reunir los requisitos mínimos previstos en su artículo 34.

¹²⁰ Artículo 32.1 RDSAC; De hecho, la adaptación de la norma a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, ha sido uno de los motivos del RDSAC de 2024, como expresamente indica su Preámbulo (I, párrafo tercero).

¹²¹ Artículo 6 RDSAC. En el Preámbulo del RDSAC de 2024 se añaden los principios de unidireccionalidad, confidencialidad y accesibilidad universal, a los principios de la normativa precedente (audiencia, contradicción, igualdad de las partes y gratuidad), que se mantienen.

¹²² Artículo 38 del Real Decreto 231/2008, antes citado; Si ya lo hubieran intentado o si una de las partes se negase, no se procedería a la mediación previa.

¹²³ Artículo 36.2.II RDSAC. En el texto de 2008 aparecían doce referencias a la mediación, mientras en el actual RDSAC no se encuentra ninguna.

¹²⁴ Artículo 38 RDSAC, en relación con el artículo 49 de Real Decreto de 2008, derogado.

¹²⁵ La gratuidad del arbitraje de consumo no es nueva (véase tanto el Preámbulo como el artículo 41.1 del derogado Real Decreto de 2008).

¹²⁶ Artículo 49 del Real Decreto de 2008.

¹²⁷ Artículo 45 RDSAC.

¹²⁸ En este sentido, entre otros, BORRALLO FERNÁNDEZ, C., (2021). Arbitraje de consumo. *Revista Jurídica sobre consumidores*, 9 de julio, pp.21-39.

¹²⁹ En este sentido, FUENTES GÓMEZ, J.C. (2017). La mediación en materia de consumo. *Diario La Ley*, núm. 9104, pp. 1-7.

¹³⁰ Red para la resolución de litigios financieros: FIN-NET - Comisión Europea (europa.eu) En la web de la Comisión Europea citada, el consumidor de servicios financieros encuentra los pasos a seguir para resolver una controversia con el prestador del servicio: Si la negociación —que es el primer paso— no tiene éxito, el consumidor puede rellenar el formulario de reclamación transfronteriza de FIN-NET, o bien ponerse en contacto con el representante de la red en su país, a través de la información que facilita la web oficial.

¹³¹ Constituido por los países de la UE, Islandia, Noruega y Liechtenstein.

¹³² A través de su Oficina de atención al inversor.

¹³³ A través del Departamento de conducta de entidades.

¹³⁴ A través del Servicio de reclamaciones.

¹³⁵ La Ley citada, 7/2017, daba un plazo de ocho meses para la creación de una autoridad única competente, pero hasta el momento tan sólo ha sido aprobado un primer Anteproyecto de Ley de creación de autoridad administrativa independiente de defensa del cliente financiero para la resolución extrajudicial de conflictos, de 5 de abril de 2022. En la actualidad cada una de las entidades citadas tiene un órgano dependiente que desarrolla la función de entidad de solución alternativa de conflictos (ADR/ODR) en este ámbito, como acaba de indicarse.

¹³⁶ Cada entidad, publica una ficha con las características de su ADR (MASC), variando el periodo de compromiso de emisión de la recomendación entre unas y otras (seis meses el Banco de España; cuatro meses la CNMV y la DGSFP).

¹³⁷ En el Considerando 77 de la Directiva 2014/17/UE, sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, se hace alusión expresa a determinados MASC, especializados en la resolución de conflictos relacionados con operaciones

financieras: Tras recordar la conveniencia de que los consumidores tengan acceso a los MASC para el ejercicio de los derechos derivados de la Directiva, añade que los Estados miembros deben garantizar la obligatoriedad de la participación de prestamistas e intermediarios de crédito en los MASC (indicando expresamente que no sea algo facultativo). Para ello, impone a los Estados miembros el deber de *garantizar el correcto funcionamiento de los mencionados procedimientos en relación con las actividades transfronterizas*, hasta el punto de exigir que *los organismos responsables de la resolución extrajudicial de litigios cooperen entre sí*. En concreto, los Estados deberán alentar a las entidades ADR (MASC) del sector financiero a participar en la red FIN-NET. El artículo 39 de la Directiva (titulado *Mecanismos de resolución de litigios*), normativiza ese deber de los Estados miembros, al que alude el Considerando 77.

¹³⁸ El intermediario del crédito se define como la persona que representa —en su caso— al prestamista al tiempo de la contratación (artículo 4 Directiva 2014/17/UE; y artículo 4 Ley 5/2019). En cuanto al prestamista, para quedar protegido por la Directiva citada, ha de reunir los requisitos del artículo 3.a Directiva 2014/17/UE, esto es, contratar un crédito garantizado con una hipoteca —o garantía semejante— sobre bienes inmuebles de uso residencial (el artículo 4.1. excluye de la definición de consumidor a los prestatarios que aparecen en la letra *b* del artículo 3 de la misma Directiva).

¹³⁹ Artículo 15.1.f Directiva 2014/17/UE (Requisitos de información en relación con los intermediarios de crédito y los representantes designados); La Directiva 2014/17/UE, sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, tiene como finalidad la protección del deudor hipotecario cuando la garantía recae sobre bienes inmuebles de uso residencial (artículo 1). La Directiva regula el contrato de préstamo para adquirir o conservar derechos del propietario sobre terrenos o bienes inmuebles, construidos o pendientes de construcción (artículo 3; La Directiva no se aplica a hipotecas inversas, ni a contratos sin intereses u otorgados en otras condiciones favorables).

¹⁴⁰ Artículo 35.1.f Ley 5/2019 (Requisitos de información de los intermediarios de crédito inmobiliario); La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, se aplica a todas las personas físicas (artículo 1) que contraten un préstamo con garantía sobre un inmueble de uso residencial, *trasteros, garajes u otros inmuebles de uso doméstico* (artículo 2.1.a), así como a los consumidores que contraten un préstamo para adquirir o conservar la propiedad de un inmueble construido o por construir, ya sean prestatarios, fiadores o garantes (artículo 2.1.b).

¹⁴¹ También las Comunidades Autónomas prestan en ocasiones servicios específicos de intermediación inmobiliaria, con carácter gratuito. Por ejemplo, la CAM ofrece este servicio a personas o familias con problemas para el pago de sus créditos inmobiliarios.

¹⁴² La Directiva 2014/17/UE se refiere a una armonización máxima (Considerando 7).

¹⁴³ Artículo 14.1.a Ley 5/2019.

¹⁴⁴ Artículo 15.7 Ley 5/2019.

¹⁴⁵ Artículo 22.2 Ley 5/2019.

¹⁴⁶ El consumidor deberá rellenar el formulario oficial para presentar su reclamación, localizable en la web: [aesa_formulario_reclamacion_cia.pdf](#) (seguridadeaerea.gob.es)

*Trabajo recibido el 13 de septiembre de 2024 y aceptado
para su publicación el 18 de noviembre de 2025*

DERECHO COMPARADO

La usucapión inmobiliaria y el registro de la propiedad en Italia: un análisis comparativo con el Derecho español

Real estate adverse possession and the property register in Italy: A small comparative análisis with Spanish law

por

AGUSTÍN ANDRADES NAVARRO
Profesor de Derecho Civil de la US

RESUMEN: En Italia coexisten dos sistemas registrales. Uno el sistema de la transcripción, aplicable en la mayoría del territorio italiano, y en el que se sigue el principio del consenso traslativo. En este sistema, el conflicto entre adquirentes por título originario (usucapión) y título derivativo, se resuelve siempre a favor del primero. El usucapiente siempre va a prevalecer sin ningún tipo de límite. En cambio, en el otro sistema registral aplicable en algunas provincias de Italia, el sistema tabular, el Registro se presume exacto e íntegro, protegiéndose al tercero que adquiere confiando en la realidad publicada por este. Significa ello que, mientras que en el sistema común italiano (el de la transcripción) la usucapión *contra tabulas* no tiene límite alguno, en el sistema tabular, la usucapión sí que lo tiene: el del tercero que adquiere confiando en el Registro.

ABSTRACT: *Two registration systems coexist in Italy. One is the transcription system, applicable in the majority of the Italian territory, and in which the principle of the transfer by consensus is followed. In this system, the conflict between acquisition by original title (adverse possession) and derivative title is always resolved in favour of the former. The adverse possessor will always prevail without any limit. On the other hand, in the other registration system applicable in some Italian provinces, the tabular system, the Registry is presumed to be accurate*

and complete, protecting the third party who acquires by relying on the reality published by the Registry. This means that, while in the common Italian system (that of transcription) adverse possession contra tabulas (against what the Registry publishes) has no limit, in the tabular system, adverse possession does have a limit: that of the third party who acquires in reliance on the Register.

PALABRAS CLAVE: Usucapión. Registro de la Propiedad. Sistema de la transcripción. Consenso traslativo. Usucapión secundum tabulas. *Usucapione decennale*. Usucapión *contra tabulas*. Sistema tabular. Tercero hipotecario. Legge Tabulare.

KEYWORDS: *Adverse possession. Property register. Transcription system. Traslative consensus. Adverse possession secundum tabulas. Usucapione decennale. Adverse possession contra tabulas. Tabular system. Third Mortgage. Tabular law.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. USUCAPIÓN ORDINARIA. 1. POSESIÓN *AD USUCAPIONEM*. 2. TIEMPO.—III. USUCAPIÓN Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD. 1. LA *USUCAPIONE DECENNALE*. 2. USUCAPIÓN *CONTRA TABULAS*. 3. SISTEMA TABULAR.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En nuestro sistema, de la lectura del art. 609 CC se desprende que, cuando la transmisión jurídico-real trae causa de un contrato, seguimos la teoría del título y el modo, lo cual significa que hasta que no tiene lugar la entrega (*traditio*) de la cosa objeto del contrato, no se entiende producida la transmisión. Es decir, no nos basta con la mera celebración del contrato o negocio jurídico para transmitir el derecho en cuestión, sino que necesitamos, además, que se produzca la efectiva entrega de la cosa. Nos alejamos así, por tanto, del modelo consensualista italiano, previsto en su art. 1376 del *Codice civile*, en el que sí basta con la mera celebración del negocio jurídico (título) para que se entienda producida la transmisión del derecho, no necesitándose de la *traditio* o entrega.

Sin embargo, es importante resaltar que, en Italia, junto con este sistema consensualista, que opera mayoritariamente en todo el territorio, coexiste otro distinto: el sistema tabular o de libros fundarios, vigente en las provincias de Trento, Bolzano, Trieste, Gorizia, y algunas zonas de las provincias de Udine, Belluno y Brescia. En estas nuevas provincias en las que está implantado el sistema tabular, no rige el principio del consenso traslativo consagrado en el art. 1376 del *Codice*, sino el principio de inscripción constitutiva para las transmisiones de

derechos *inter vivos*. Es decir, que, en estas nuevas provincias, hasta que no se inscribe el derecho en el Registro, no hay transmisión de derecho alguna, siendo, por tanto, la inscripción constitutiva. Pero eso, como decimos, es solo excepcionalmente en estas nuevas provincias, pues en el resto de Italia, se sigue el sistema de la transcripción y el principio de consenso traslativo.

De lo dicho, se puede deducir, en consecuencia, que ni en España ni en Italia (salvo en las provincias en las que se aplica el sistema tabular) es necesaria la inscripción/transcripción del negocio adquisitivo en el Registro de la propiedad para adquirir el derecho real (no obstante, en el caso de Italia, resulta necesario hacer alguna precisión a este respecto a raíz del art. 2644 del Codice civile, como veremos con posterioridad). En el caso de España, como decimos, basta con la celebración del negocio jurídico (título) y la entrega de la cosa (modo), y en el caso de Italia, con la simple celebración del negocio jurídico (título).

Pero ¿qué ocurre cuando el *tradens* no es el verdadero propietario de la cosa transmitida?

Obviamente, en virtud de la regla *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ispe habere*, nadie puede transmitir lo que no tiene. Por tanto, en estos casos, aunque se haya producido la entrega de la cosa en virtud de justo título, no se produce la adquisición (al menos, no inmediata) del derecho. No obstante, sí existe la posibilidad de adquirirlo por medio de la prescripción adquisitiva o usucapión.

La usucapión en el Derecho italiano se encuentra regulada en el libro tercero, título VIII del *Codice civile* (arts. 1158-1167). En el art. 1158, se recoge la denominada usucapión ordinaria (en nuestro Derecho se correspondería con nuestra usucapión extraordinaria) que es aquella que permite adquirir la propiedad y demás derechos reales sobre bienes inmuebles sin más requisitos que la posesión *ad usucapionem* durante el tiempo fijado en la ley, que es 20 años. No obstante, el *Codice civile*, también recoge una modalidad de usucapión abreviada en el art. 1159, la denominada *usucapione decennale*. Sin embargo, y a diferencia de lo que ocurre en nuestro Derecho, esta usucapión abreviada es una usucapión necesariamente tabular. Es decir, para poder hacer uso de ella, se necesita obligatoriamente, junto con otros requisitos, transcribir el derecho en el Registro. Es una usucapión que siempre se va a producir de conformidad con el Registro, y no al margen de él. Y a cambio de esa mayor exigencia de requisitos, en la *usucapione decennale*, el plazo adquisitivo se reduce a los 10 años, frente a los 20 de la usucapión ordinaria del art. 1158 CC.

En el caso de la *usucapione decennale*, al ser una usucapión que se produce de conformidad con el Registro, no se plantea conflicto alguno entre la realidad extrarregistral y la realidad publicada por el Registro. El problema es cuando la usucapión, en lugar de hacer coincidir ambas realidades (registral y extrarregistral)

tral), provoca una disociación entre ambas. Es decir, se produce una usucapión en contra de lo publicado en el Registro (usucapión *contra tabulas*). En estos casos, ¿cómo se resuelve el conflicto en el Derecho italiano? ¿tendrá preferencia el usucapiante o el titular registral? ¿Se contemplará en el sistema italiano lo que aquí venimos a denominar tercero hipotecario, es decir, aquel tercero que, por adquirir confiando en la apariencia registral, se le protege frente al *verus dominus*?

Para tratar de resolver estas cuestiones, analizaremos los dos mencionados sistemas registrales vigentes en Italia. Uno, como hemos dicho, el sistema común de la transcripción (consensualista), que se aplica en la mayoría del territorio italiano; y otro el sistema tabular, que es aplicado con carácter excepcional en algunas provincias de Italia. Estudiaremos en el presente trabajo como influye la usucapión en cada uno de estos sistemas.

Realizada esta pequeña introducción, empezamos analizando brevemente la denominada usucapión ordinaria del art. 1158 del *Codice*, es decir, aquella en la que no existen más requisitos que mantener en el tiempo una posesión apta para usucapir, y que se produce al margen del Registro.

II. USUCAPIÓN ORDINARIA

Según se nos dice en el art. 1158 del *Código*, la «*propiedad de los bienes inmuebles y los demás derechos reales de disfrute sobre los mismos, se adquieren en virtud de la posesión continuada durante veinte años*». De este precepto puede verse que dos son los elementos que se requieren para la usucapión ordinaria: la posesión *ad usucapionem* y el transcurso del tiempo.

1. POSESIÓN *AD USUCAPIONEM*

En primer lugar, respecto de la posesión, es importante dejar claro que no basta con la mera detentación de la cosa objeto de usucapión. Según nos dice GALGANO (GALGANO, 1993, 401)¹, para ser poseedor se necesita tener *animus possidendi*, es decir, la intención de comportarse como propietario o titular del derecho real en cuestión. En propias palabras del autor, poseedor es aquel que utiliza la cosa o derecho real como propio, sin reconocer la titularidad de otra persona. Esto mismo es lo que en España venimos a denominar poseedor en concepto de dueño. Para poder usucapir, ya sea ordinaria o extraordinariamente, en nuestro Derecho también se exige que el poseedor se comporte, respecto de la cosa, como si fuese dueño de ella, aunque no lo sea en realidad², recalcando la doctrina que, para poder ser considerado poseedor en concepto de dueño, no basta con el

animus de tener la cosa como propia, sino que, además, deberá exteriorizarse a la sociedad, para generar la apariencia de que se es verdadero titular del derecho en cuestión³.

En ambas legislaciones, esa posesión “en concepto de dueño” podrá ser ejercida de dos formas diferentes: directamente, siendo el propio poseedor el que ejerce directamente la posesión sobre la cosa (posesión inmediata); o indirectamente, siendo otra persona (detentador) quien posee en nombre del poseedor (posesión mediata)⁴. Cuando el poseedor no cuenta con ese *animus possidendi*, con ese ánimo de hacer suya la cosa, reconociendo que ostenta la posesión en nombre de otra persona, se habla en el Derecho italiano de un simple “detentore”. Es decir, aquel que cuenta con el poder de hecho sobre la cosa, pero reconociendo en todo momento la titularidad de otra persona (ej. arrendatario)⁵. En nuestro Derecho serían los que, de conformidad con el art. 1942 del Código civil⁶ (en adelante CC), poseen en virtud de licencia⁷.

Mientras no se pruebe lo contrario, en el Derecho italiano, se presume que el que ejerce el poder de hecho sobre la cosa es poseedor y no detentador. Así, según se establece en el art. 1141 del *Codice civile*, «*la posesión se presume en quien ejerce el poder de hecho, mientras no se pruebe que ha comenzado a ejercerlo simplemente como detentador*». Esto significa que es la otra parte, y no el usucapiente, el que deberá probar que esa posesión no era apta para usucapir, y que se trataba de una mera “*detenzione*”⁸.

Además de ser poseedor (en concepto de dueño en nuestro Derecho), para que la posesión se pueda considerar apta de usucapición, se exigen los siguientes requisitos:

A. *Posesión continua y no interrumpida*

Al igual que ocurre en el Derecho español, en el que el art. 1941 CC exige que la posesión *ad usucapionem* sea continuada durante todo el tiempo exigido para completarse la usucapición, el *Codice civile* italiano exige el mismo requisito en su art. 1158, estableciendo claramente que, para poder usucapir de manera ordinaria, se necesita poseer de manera continuada durante el tiempo fijado en este precepto (20 años)⁹.

Ahora bien, posesión continua, como señala la doctrina, no significa que el usucapiente deba poseer materialmente el bien de manera constante e ininterrumpida, sino que conserva durante todo el tiempo necesario para prescribir el poder fáctico sobre la cosa, pudiendo ejercer su señorío sobre ella cuando lo desee¹⁰. Por tanto, que la posesión deba ser continuada durante el tiempo necesario para usucapir, significa, en consecuencia, que esta no puede resultar interrumpi-

da. Una causa de interrupción prevista en el *Codice civile* sería la señalada en el art. 1167¹¹, según el cual, la usucapión se interrumpe por la posesión de otro durante más de un año. Esta misma causa, como sabemos, se recoge también en nuestro Código civil español. Mas concretamente, en nuestro art. 460.4.º CC, que expresa de manera clara que el poseedor puede perder su posesión por la posesión de otro, si esta última hubiese durado más de un año, aun contra la voluntad del poseedor despojado.

En ambas legislaciones, como vemos, el usucapiente tendría un año para tratar de recuperar su posesión. Esto significa que, si el poseedor *ad usucapionem* permite la posesión de un tercero durante más de un año, su posesión se vería interrumpida, no sirviéndole a efectos de usucapión el tiempo que ya hubiera venido poseyendo¹². En cambio, si el usucapiente, antes de que transcurra el referido año, ejercita la correspondiente acción para tratar de recuperar su posesión, siendo admitida su pretensión, esta (la posesión) se entendería no interrumpida y seguiría computándose a efectos de usucapión¹³.

En cambio, cuando la posesión se interrumpe por un acto voluntario del usucapiente como, por ejemplo, el abandono de la cosa, el plazo de un año del art. 1167 CC no es aplicable¹⁴. Desde el momento en que se produce el abandono, quedaría interrumpida la usucapión, no sirviendo de nada el tiempo que hasta ese momento se hubiera poseído. Para usucapir, tendría que volver a iniciarse el cómputo¹⁵.

B. Posesión Pacífica

Otro de los requisitos exigidos en nuestro art. 1941 CC para poder considerar una posesión apta para usucapir, es que esta sea pacífica. Podríamos decir que posesión pacífica es aquella que se ha adquirido sin contrariar la voluntad del anterior poseedor. Cuando no sea así, y con independencia de que se haya usado o no violencia o intimidación, podremos decir que nos encontramos ante un supuesto de posesión no pacífica. Además, según se establece en el art. 444 CC, los actos ejecutados con violencia no afectan a la posesión, no sirviendo el mantenimiento de ésta a efectos de usucapión, lo cual quiere decir que, si hemos adquirido violentamente la posesión, esta no nos va a servir para usucapir. No obstante, parece evidente que esto no va a ser así de una manera indefinida, y que, en algún momento, subsanado el vicio de la violencia, esa posesión va a empezar a computarse a efectos de usucapión¹⁶. ¿Y cuándo podemos entender subsanado ese vicio? Pues, en nuestra opinión, cuando transcurra el año al que se hace referencia en el art. 460.4.º CC. Es decir, el año del que dispone el poseedor para ejercer algunas de las acciones protectoras de la posesión, transcurrido el

cual, el despojante pasará a ser poseedor *ad usucapionem*, comenzando el cómputo para la prescripción adquisitiva¹⁷.

Por su parte en el Derecho italiano, al igual que en nuestro Derecho, también se exige el carácter pacífico de la posesión para poder usucapir. De hecho, el art. 1163 del *Codice civile*¹⁸, muy similar a nuestro art. 444 CC, establece que la posesión adquirida de manera violenta o clandestina no computará a efectos de usucapición hasta el momento en que hayan cesado tales comportamientos. Respecto a la adquisición violenta, la Corte Suprema di Cassazione, la entiende en un sentido amplio. Es decir, entiende que hay violencia cuando se adquiere la posesión contrariando la voluntad del anterior poseedor, con independencia de que se haya empleado o no violencia física o amenazas. Para considerar que ha habido un despojo violento, basta con que se haya ido en contra de la voluntad del anterior poseedor¹⁹. Respecto a la adquisición clandestina, entiende el TS italiano que ésta se produce cuando la posesión es ejercida de una manera poco visible u oculta, de manera que sólo aquellos que guardan alguna relación con el poseedor tienen oportunidad de conocerla. Por tanto, para que la adquisición no adolezca del vicio de la clandestinidad, es necesario que la posesión sea adquirida y ejercitada de una manera pública²⁰.

¿Y partir de qué momento se podría empezar a computar esa posesión a efectos de usucapición en el Derecho italiano?

Pues según se nos dice en el propio art. 1163 del *Codice*, desde el momento en que haya cesado la violencia o la clandestinidad. Eso significa que, en el Derecho italiano, no parece necesario tener que esperar ningún plazo para entender sanado el vicio de la violencia o la clandestinidad²¹. No obstante, el *Codice civile*, al igual que ocurre en España, da la posibilidad al poseedor despojado, de manera violenta o clandestina de su posesión, de recuperar la misma en el plazo de un año, según se establece en el art. 1168 del *Codice*²². Por eso, al igual que defendemos en el Derecho español, entendemos que hasta que no transcurra este año del art. 1168 del *Codice*, no podemos entender subsanado el vicio de la violencia o la clandestinidad. Es decir, hasta que no transcurra el plazo de un año desde que se sufrió el despojo no pacífico o clandestino²³, la posesión del despojante no podrá contar a efectos de usucapición.

C. Posesión pública

Otro de los requisitos exigidos por nuestro art. 1941 CC para poder usucapir, es poseer de manera pública. Podríamos decir que posesión pública no significa que todo el mundo tenga que conocerla, sino que aquélla (la posesión) es ejercida de una forma no oculta, de manera que todos aquellos que tengan un interés en

conocerla, puedan hacerlo de una manera natural²⁴. Interés que, sin lugar a duda, tendría el verdadero propietario, a quien debe dársele la oportunidad de poder conocer, con un mínimo de diligencia, la situación posesoria que está poniendo en peligro su derecho, a fin de que pueda interrumpirla. Por tanto, cuando hablamos de posesión pública no significa que el usucapiente tenga que hacerle llegar directamente al titular su situación posesoria. Significa simplemente no impedirle que pueda tener conocimiento de ella, y actuar en consecuencia²⁵.

También en el Derecho italiano, al exigirse en el art. 1163 del *Codice*, como acabamos de ver, que la posesión no sea clandestina, se deduce claramente que la posesión *ad usucapionem* debe ser pública. Así lo manifiesta la Corte Suprema di Cassazione cuando nos dice que «*a efectos de la usucapión, el requisito de la no clandestinidad no se refiere a los medios que el poseedor pueda poner en marcha para aparentar ser el propietario, sino al hecho de que la posesión se haya adquirido y ejercido públicamente, es decir, de forma visible para todos o, al menos, para una apreciable e indistinta generalidad de personas y no sólo para el anterior poseedor o para un círculo limitado de personas que sólo tienen la posibilidad de conocer la situación de hecho gracias a su particular relación con este último*»²⁶. No obstante, aunque en el Derecho italiano parecen identificarse los conceptos de clandestinidad y posesión no pública, entendemos que, aunque similares, no son lo mismo. Así, en nuestra opinión, la posesión sería clandestina cuando ésta se ha adquirido sin el consentimiento del anterior poseedor y de una manera oculta. En cambio, posesión no pública es aquella que, habiéndose podido adquirir con el consentimiento del anterior poseedor, no se ejercita manifiestamente, imposibilitando adquirir por usucapión²⁷.

D. La no equivocidad

En nuestro Derecho, como sabemos, cuando hablamos de posesión pública no significa solamente la tenencia externa de la cosa, sino también la exteriorización del concepto en el que poseemos. Esto quiere decir que, si pretendemos adquirir por usucapión el derecho de propiedad, no nos basta con manifestar externamente que nos encontramos en posesión del inmueble, sino también que lo poseemos en concepto de dueño, y no en el de arrendatario, usufructuario, etc.²⁸. Debe manifestarse externamente ese *animus possidendi*.

Esto mismo también se exige en el Derecho italiano bajo el requisito de lo que ellos denominan “*la non equivocità*”. Es decir, que el usucapiente del derecho de propiedad o cualquier otro derecho real, se comporte inequívocamente frente a la sociedad como propietario o titular del derecho en cuestión, de manera que no haya dudas al respecto²⁹.

2. TIEMPO

Con respecto al tiempo necesario que ha de transcurrir para poder adquirir el derecho que se trate por usucapión ordinaria en el Derecho italiano, el propio art. 1158 del *Codice*, como hemos anticipado anteriormente, establece este plazo en veinte años. Aquí sí hay una diferencia con respecto al Derecho español, pues nuestro Código civil, para poder usucapir de manera extraordinaria (que sería nuestro equivalente a la usucapión prevista en el art. 1158 del Código), nos exige mantener la posesión apta para usucapir por un periodo de treinta años³⁰. Es decir, diez años más que lo exigido en el *Codice civile* italiano.

Por tanto, recapitulando un poco lo visto hasta aquí, podemos decir que para usucapir de manera ordinaria en Derecho italiano (para nosotros nuestra usucapión extraordinaria), el usucapiente necesita ser poseedor, y no un simple detentador (lo que nosotros conocemos como poseedor en concepto de dueño), y mantener una posesión continua, ininterrumpida, pacífica, pública (incluyéndose en este último requisito la “non equivocità”) por un periodo de 20 años. En estos casos, al igual que ocurre en Derecho español, el usucapiente no necesita justo título ni buena fe. Solo necesita mantener la posesión (revestida de los caracteres que acabamos de ver) durante el plazo fijado en la ley. Esta usucapión ordinaria es la única que, en el Derecho italiano, puede operar extrarregistralmente. Es decir, es la única que puede nacer al margen del Registro, pues la otra modalidad de usucapión más breve en el tiempo, la *usucapione decennale*, se produce necesariamente de conformidad con el Registro. No puede producirse a sus espaldas, como sí puede ocurrir en nuestro Derecho. Es por ello por lo que esta usucapión “*decennale*” la tratamos en el siguiente apartado, en la que analizamos las relaciones entre la usucapión y el Registro de la propiedad en el Derecho italiano.

III. USUCAPIÓN Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Como ya hemos comentado, en nuestro sistema registral, la inscripción del negocio jurídico en el Registro tiene carácter meramente declarativo y no constitutivo (como sí ocurre, por ejemplo, en sistemas como el alemán o el suizo). Esto significa que la mutación jurídico-real, en las transmisiones llevadas a cabo a través de contrato de efectos traslativo, tiene lugar desde que se produce la entrega de la cosa (teoría del título y modo), sin necesidad de tener que inscribir la operación en el Registro para que nazca el derecho. En consecuencia, el derecho es oponible *erga omnes* desde su nacimiento, con independencia de que se haya inscrito o no en el Registro. No obstante, a pesar del carácter declarativo de la inscripción, nuestro Registro, debido principalmente a los principios hipotecarios de legitimación³¹ y legalidad o calificación registral³², se presume exacto, prote-

giéndose la confianza depositada en el mismo a través de la fe pública Registral. Esto significa que aquél que, confiando en la apariencia del Registro, adquiere de buena fe y a título oneroso de quien aparecía en el Registro como titular, y procede igualmente a inscribir su adquisición, no puede ser perjudicado por la realidad extrarregistral. De ahí que la inscripción en nuestro Derecho, aunque no sea constitutiva, sí resulte preceptiva, para evitar así que el derecho no inscrito pueda perecer ante la aparición de un hipotético tercero hipotecario (como decimos, aquel que adquirió confiando en la apariencia Registral). Igualmente, cuando la adquisición fuese a título originario y no a título derivativo (como sería el caso de la usucapión), la inscripción en el Registro sólo sería necesaria a efectos de quedar salvaguardados frente al tercero hipotecario.

¿Y qué ocurre en el sistema italiano?

En Italia, como también hemos hecho ya referencia, se sigue el sistema de la “*trascrizione*”, es decir, se transcribe una copia exacta y completa del documento presentado en el Registro, teniendo también efectos meramente declarativos. Pero, a diferencia del sistema español en el que rige, como hemos visto, la teoría del título y el modo, el *Codice civile*, en su art. 1376, sienta el principio del consenso traslativo³³. Esto quiere decir que, en el sistema italiano, basta con el acuerdo entre las partes para que se produzca la transmisión del derecho en cuestión, no siendo necesaria, ni la tradición (entrega) ni la transcripción en el Registro.

¿Qué papel juega entonces la transcripción en el Registro?

Esta será importante a efectos de poder hacer oponible el negocio transmisivo a los terceros a los que se hace referencia en el art. 2644 del *Codice*³⁴. Según se nos dice en este precepto, los negocios transmisivos trascritos en el Registro no podrán perjudicar a aquellos terceros que, adquiriendo sobre el mismo inmueble derechos incompatibles, transcribieron en primer lugar. Y la doctrina tiene aceptado unánimemente que ese tercero al que se hace referencia en el art. 2644 del *Codice* es el tercero que adquiere derechos incompatibles de un mismo vendedor común³⁵. Esto significa que la regla del consenso traslativo tiene una eficacia *inter partes*, pero la oponibilidad a los terceros, en caso de doble venta, depende única y exclusivamente de la transcripción del derecho. Por tanto, si ésta (la transcripción) no se lleva a cabo, la celebración del acuerdo tendrá efectos transmisivos entre las partes, pero no frente a los terceros del art. 2644 del *Codice*³⁶.

La transcripción juega, en consecuencia, un papel trascendental para resolver el conflicto de varias adquisiciones de un mismo vendedor común, siendo en este caso irrelevante la fecha de celebración del acuerdo. Es decir, que para determinar cuál de los sucesivos compradores resulta preferido, no se tiene en cuenta la fecha de celebración de sus respectivos negocios jurídicos, sino la fecha en la que se produce la transcripción. Así, por ejemplo, si A celebró contrato de

compraventa de la finca x con B el 05/11/2021, y seguidamente aquel (A) vende la misma finca a C el 30/05/2022, que transcribe en el Registro la operación el 30/06/2022, en virtud del art. 2644 del *Codice civile* resultará preferido este último (C), pues, aunque el contrato de compraventa celebrado con B es de fecha anterior, fue C el que primero transcribió en el Registro³⁷.

Y es importante recalcar que esta preferencia del adquirente sucesivo que primero transcribió en el Registro es con independencia de que haya adquirido a título oneroso o gratuito, y de su buena o mala fe. Por tanto, que el segundo adquirente contratase con el vendedor común siendo consciente de la primera venta producida a favor de otra persona, no hace que su negocio transcrito en primer lugar devenga ineficaz³⁸. La buena o mala fe del segundo adquirente influye únicamente en el hecho de su responsabilidad extracontractual frente al que adquirió primero. Así, si se logra probar que el segundo adquirente era conocedor de una primera venta, tendrá, junto con el vendedor común, la obligación de resarcir el daño al primer comprador. En cambio, si ese segundo adquirente era de buena fe, desconociendo por completo la venta anterior, la obligación de resarcimiento del daño al primer adquirente, corresponderá única y exclusivamente al vendedor común. Pero en ambos casos, como decimos, no influye en la prevalencia de la segunda adquisición que se transcribió primero³⁹.

Por tanto, la regla prevista en el art. 2644 del *Codice civile* supone una importante alteración del derecho sustancial, ya que prevalece, no aquél que ha adquirido en primer lugar, sino aquél que ha transcrito primero, aunque hubiese adquirido en virtud de un título celebrado con posterioridad. De no ser por ello, en virtud del principio del consenso traslativo, el segundo adquirente, al haber adquirido de quien ya no era propietario (al haberlo ya vendido previamente), hubiera sucumbido ante el primer comprador, verdadero titular del derecho. Pero, como decimos, lo preceptuado en el art. 2644 del *Codice* cambia esto, y hace que prevalezca el segundo adquirente que transcribió primero, aunque hubiese adquirido de un *non domino*⁴⁰. Es por esta regla contenida en el art. 2644 del *Codice civile* que suele decirse que la *trascrizione*, como instrumento de publicidad, tiene una doble eficacia: 1) negativa, en el sentido de que los actos no transcritos se presumen ignorados, no desplegando su eficacia frente a los terceros del art. 2644 del *Codice*; 2) positiva, pues los actos transcritos se presumen conocidos y, en consecuencia, podrán ser también oponibles, no sólo frente a quien celebró el acto o negocio jurídico, sino también a los terceros del art. 2644 del *Codice*⁴¹.

Cuando no estamos en el supuesto de hecho del art. 2644 del *Codice*, en las adquisiciones *a non domino*, la transcripción del adquirente no titular no resuelve el conflicto, necesitando éste (adquirente no titular) acudir a la usucapión para poder prevalecer frente al verdadero titular. Es decir, imaginemos que A (verdadero titular) ha vendido la cosa a B, y C (que no ha sido nunca verdadero titular),

vende la misma a D, que transcribe la operación en el Registro. En este caso, aunque D haya transcrito en el Registro, al traer causa de quien no era verdadero titular del derecho, y no estar ante un supuesto de doble venta procedente de un vendedor común, necesitará usucapir frente a B. No obstante, la transcripción practicada por el adquirente no titular le permitirá a éste usucapir en la modalidad abreviada, la cual trata de hacer coincidir la realidad extrarregistral con la registral (usucapión *secundum tabulas*).

1. LA USUCAPIONE DECENNALE

En el primer apartado hemos visto que en el *Codice civile* italiano, para usucapir de manera ordinaria, se necesita conservar una posesión apta para usucapir durante un plazo de 20 años. No obstante, el propio *Codice*, en su art. 1159, también contempla una modalidad de usucapión abreviada, la denominada *usucapione decennale*, en la que se permite reducir el plazo de usucapión a 10 años a cambio de unos mayores requisitos, entre los que se encuentra la transcripción del derecho en el Registro. Esta obligatoriedad de la transcripción en el Registro hace que la usucapión abreviada, en el Derecho italiano, sea necesariamente tabular. Es decir, esta usucapión abreviada no se va a poder producir al margen del Registro, como sí ocurre en España⁴². Por tanto, podemos decir que esta usucapión “*decennale*” del art. 1159 del *Codice civile* guarda similitud con nuestra usucapión *secundum tabulas* del art. 35 LH⁴³, que es aquella que viene a hacer coincidir la apariencia posesoria con la realidad registral. Así, según se nos dice en el art. 1159 del *Codice civile*, «*aquel que adquiera de buena fe un bien inmueble de quien no sea propietario, en virtud de un título traslativo de dominio debidamente inscrito, completará la usucapión a su favor con el transcurso de diez años desde la fecha de transcripción*». Es decir, este precepto permite adquirir por usucapión en el plazo de 10 años, siempre y cuando el usucapiente, además de ostentar una posesión apta para usucapir (en concepto de dueño, pública, pacífica e ininterrumpida) y de transcribir su derecho en el Registro, reúna los requisitos de buena fe y justo título.

Pasamos ahora a analizar estos dos últimos requisitos necesarios para poder usucapir de manera abreviada.

A. Buena fe

Al igual que en Derecho español, para poder usucapir de manera abreviada, se exige en el *Codice civile* (art. 1159) que el usucapiente sea poseedor de buena fe. ¿Y qué debe entenderse por tal? Según nos dice el art. 1147 del *Codice* «*es*

poseedor de buena fe aquel que posee ignorando que daña el derecho de otro». Es decir, en materia de usucapión, sería de buena fe aquél que posee ignorando la ajenidad de la cosa. Aquél que cree que su transmitente era el verdadero titular de la cosa⁴⁴. No obstante, el propio art. 1147 nos dice seguidamente que «*no se es de buena fe cuando la ignorancia es debida a culpa grave*». En este caso, no podrá considerársele al usucapiente de buena fe a efectos de la usucapión abreviada. ¿Y cuándo se entiende en el Derecho italiano que existe culpa grave por parte del usucapiente que le impide ser de buena fe? Pues según la jurisprudencia⁴⁵, dos son principalmente los supuestos en los que, en principio, quedaría excluida la buena fe del usucapiente por culpa grave:

a) En el caso de que el adquirente, del propio examen del título adquisitivo, estuviera en condiciones de poder apreciar la ajenidad o sospechar de la misma, y no hizo nada para tratar de salir de su error.

b) Cuando habiendo el adquirente exonerado al notario de realizar las averiguaciones pertinentes, a fin de cerciorarse acerca de la titularidad del que se dice propietario, no las realizó él mismo. Como nos dice Pola⁴⁶, el papel del notario no se limita simplemente a tratar de llevar a cabo la voluntad de las partes, sino también a realizar las averiguaciones pertinentes para verificar que es posible llevar a cabo la operación deseada (que el bien pertenece al que pretende enajenarlo, que no está sujeto a hipoteca, etc.) Esto, como decimos, entra dentro de las competencias profesionales del notario, salvo que sean las propias partes, por razones de urgencia u otras particularidades, las que hayan exonerado al notario de realizar estas averiguaciones. En este último caso (exoneración del notario), tendría que ser el adquirente el que asumiera dichas averiguaciones, a fin de constatar que su propietario es el verdadero titular del derecho. Si no lo hiciera, podría apreciarse culpa grave.

Fuera de estos dos supuestos, se entiende que estaríamos hablando de una culpa leve que no excluye la buena fe del adquirente a efectos de la “*usucapione decennale*”. Es decir, cuando no estamos en alguno de los dos supuestos anteriores, la posible imprudencia del adquirente al no realizar ningún tipo de averiguación previa a la adquisición, confiando en la titularidad del transmitente y, sobre todo, en la actividad investigadora del notario, se entendería como leve, no siendo ésta suficiente para excluir la buena fe del art. 1147 del *Codice*⁴⁷. Siendo ello así, cabría concluir, por el contrario, que cuando estamos hablando de supuestos en los que no hay intervención notarial, debe ser el adquirente quien deba realizar las averiguaciones pertinentes que, de no hacerlas, determinarían la falta de protección de su posible buena fe subjetiva.

Eso sí, es importante tener en cuenta que, según el propio art. 1147 del *Codice civile* (párrafo tercero), «*la buena fe se presume y basta con tenerla en el momento de la adquisición*». Es decir, en materia de usucapión, el usucapiente

cuenta a su favor con la presunción de ser de buena fe, correspondiendo a la otra parte destruir la misma, probando que el adquirente estuvo en condiciones, en base a circunstancias serias, concretas y no meramente hipotéticas, de apreciar la ajenidad de la cosa, o al menos tener dudas fundadas acerca de la titularidad de su transferente⁴⁸. En este sentido, la Corte Suprema di Cassazione ha llegado a afirmar que habría mala fe del usucapiente en el caso de que éste no hubiese realizado las averiguaciones pertinentes, como la comprobación catastral⁴⁹. Pero como decimos, dichas averiguaciones, se reducirían a los supuestos en los que no ha habido intervención notarial, o habiéndola, se le ha exonerado de realizar las pertinentes averiguaciones.

Además, según nos dice este mismo párrafo tercero del art. 1147 del *Codice*, basta con que la buena fe se tenga en el momento de la adquisición. Y aunque esta (la adquisición) en Italia sigue un sistema consensualista (es decir, la adquisición se produce con la celebración del título), la doctrina y la jurisprudencia han interpretado que, en estos casos (los de usucapión), la buena fe ha de tenerse hasta el momento de la adquisición de la posesión, y no sólo en el momento de la celebración del título⁵⁰. Esto significa que, a efectos de la *usucapione decennale* del art. 1159, es suficiente con que el usucapiente conserve su buena fe hasta el momento en que entre en la posesión de la cosa adquirida. La mala fe sobrevenida a partir de ese momento (adquisición de la posesión), no le afectaría para consumar la usucapión. Esta es una diferencia importante respecto al Derecho español, pues nuestro art. 1940 CC, regulador de la usucapión ordinaria, establece que se necesita poseer de buena fe durante el tiempo determinado en la ley. También se necesita, por tanto, cuando la usucapión ordinaria se produce de conformidad con el Registro (usucapión *secundum tabulas*), estableciendo el propio art. 35 LH una presunción de buena fe a favor del usucapiente inscrito.

B. Título idóneo

Al igual que ocurre en la legislación española con la usucapión ordinaria (art. 1940 CC) el propio art. 1159 del *Codice*, regulador de la *usucapione decennale*, exige que, para poder llevarse a cabo ésta, el usucapiente cuente con un título idóneo para transferir la propiedad. Esto es lo que nuestro art. 1952 CC viene a denominar como “justo título”, entendiéndose por tal, el que legalmente basta para transmitir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate. Cuando hablamos de justo título o título idóneo, estamos haciendo referencia a una doble exigencia: por una parte, que ese título tiene que ser apto, idóneo para transmitir el derecho en cuestión; y por otro, que el título debe ir referido a la cosa que se trata de usucapir, no pudiéndose adquirir por esta institución otra

cosa que no aparezca reflejada en el título⁵¹. Respecto a lo primero, podemos decir que es justo título aquel que resulta apto para producir la transmisión del derecho en cuestión (compraventa, donación, permuta, etc.). Es decir, aquel «*que reúne los requisitos externos que la ley requiere para transferir al usucapiente la propiedad o el derecho real*»⁵², pero que finalmente, por alguna circunstancia impeditiva (en el caso de la usucapición, la falta de titularidad del *tradens*), no llega a producir la transmisión. Respecto a lo segundo, simplemente se hace referencia a la necesidad de identidad entre el derecho reflejado en el título y el que se pretende usucapir. De lo contrario, si existe algún desajuste entre lo poseído y lo dispuesto en el título, este no podrá sustentar la usucapición⁵³.

Al exigirse para poder usucapir de manera abreviada un título idóneo para transferir el derecho real en cuestión, que finalmente no llega a producirse por la falta de titularidad del transferente, significa dos cosas al mismo tiempo: 1) que el título debe ser verdadero o real. Es decir, se necesita de un título que verdaderamente exista, quedando excluidos, en consecuencia, los títulos putativos y los que adolecen de simulación absoluta⁵⁴; 2) que debe ser válido. Es decir, debe reunir sus requisitos esenciales, pero, por la falta de propiedad del *tradens*, resulta ineficaz, debiendo entrar en juego la usucapición⁵⁵. En este sentido, nuestro Alto Tribunal permite que los títulos anulables, rescindibles, revocables o resolubles... puedan actuar como justo título a efectos de prescripción adquisitiva, excluyéndose por completo los títulos nulos (aquellos que adolecen de alguno de sus requisitos esenciales como consentimiento, objeto y causa). Estos últimos jamás podrán sustentar una usucapición ordinaria⁵⁶. En Italia, de igual manera, la Corte Suprema di Cassazione admite el título anulable como válido para usucapir, pero no así al título que adolece de alguna causa de nulidad absoluta⁵⁷.

Lo que sí es importante dejar claro es que, en el Derecho italiano, al igual que ocurre en el español, la transcripción del título en el Registro no sana los posibles vicios de los que adolezca éste. Como nos dice Cenini (Cenini, 2009, 86-87), «*la transcripción, de hecho, como es bien sabido, nunca tiene la función de subsanar los eventuales defectos del título*»⁵⁸. Es decir, que el negocio inválido lo continúa siendo, aunque haya sido objeto de «*trascrizione*», ya que ésta, al igual que la inscripción en España, no tiene una función sanante⁵⁹.

Por último, en lo relativo al requisito del título idóneo (justo título), debemos también señalar que es al adquirente (usucapiente) a quien le corresponde probar que cumple con este requisito. Es decir, le corresponde a él probar que cuenta con un título idóneo para usucapir. En nuestro Derecho, el art. 1954 CC establece que «*el justo título debe probarse; no se presume nunca*». Sin embargo, por otro lado, el art. 448 CC nos dice que «*el poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que se posee con justo título, y no se le puede obligar a exhibirlo*». Es decir, según el art. 448 CC, aquél que se encuentra en la posesión

de la cosa, como ocurre en los supuestos de prescripción adquisitiva, tiene a su favor la presunción de que posee con justo título, y no se le puede obligar a exhibirlo. Sin embargo, el art. 1954 CC, en materia de usucapión, parece excepcionar esa regla general, y obliga al usucapiente a probar su título. De ahí que parte de la doctrina, como apunta Albaladejo García (Albaladejo García, 2004, 108)⁶⁰, haya pensado que dicho art. 1954 CC supone una excepción a la regla general contenida en el art. 448 CC. Así, salvo para los supuestos de usucapión en el que el poseedor *ad usucapionem* está obligado a probar su título, en todos los demás casos, el poseedor cuenta a su favor con la presunción del art. 448 CC, no quedando, en consecuencia, obligado a exhibirlo⁶¹. ¿Pero esto es realmente así? ¿podemos entender que, efectivamente, el art. 1954 CC supone una excepción a la regla general? ¿fuera de los casos de usucapión, el poseedor no tiene por qué probar su título? En nuestra opinión, ni existe contradicción entre ambos artículos, ni el art. 1954 CC supone ninguna excepción a la regla general contenida en el art. 448 CC. Es cierto que este establece que al poseedor no se le puede obligar a exhibir su justo título, pero eso no significa que vaya a ser siempre así. La regla prevista en el art. 448 CC se seguirá, siempre y cuando, el demandante no consiga probar su derecho. Es decir, el poseedor, de acuerdo con el art. 448 CC, no estará obligado a probar el título por el que se encuentra en la posesión del derecho en cuestión, cuando su adversario no pruebe derecho alguno a su favor. En cambio, cuando este último logre probar su derecho, el poseedor tendría que pasar al ataque y probar su título, no sirviéndole la presunción contenida en el art. 448 CC. Y a esto último responde el art. 1954 CC en materia de prescripción adquisitiva. Por tanto, podríamos decir que, en el Derecho español, salvo que el demandante logre probar su derecho, el usucapiente no tiene por qué probar su justo título.

En cambio, en el Derecho italiano, el poseedor no cuenta a su favor con una presunción de justo título, por lo que es el usucapiente el que está obligado a probar que contaba con un título idóneo para usucapir⁶².

2. *USUCAPIÓN CONTRA TABULAS*

Según se nos dice en el art. 2651 del *Codice civile*⁶³, la sentencia en la que se reconozca la adquisición de un derecho por usucapión debe ser transcrita en el Registro. No obstante, esa transcripción, a diferencia de las adquisiciones derivativas (en la que hemos visto que tiene eficacia declarativa), tiene una eficacia de mero anuncio o noticia. Es decir, que, en el sistema de la transcripción, la usucapión surte sus efectos desde el momento en que se dan todos los presupuestos exigidos para ello en el *Codice*, no siendo necesaria la transcripción para que

pueda perjudicar a terceros⁶⁴. Esto es una diferencia importante respecto de las adquisiciones derivativas, pues hemos visto que para que éstas puedan afectar a terceros (los del art. 2644), es necesaria la transcripción del acto o negocio jurídico. Sin embargo, cuando la adquisición es originaria, como ocurre con la usucapición, esta produce sus efectos *erga omnes* desde el momento en que se cumplen todos los requisitos exigidos por el *Codice*, teniendo la transcripción, como decimos, una mera función de publicidad-noticia⁶⁵.

Como nos dice Forti (Forti, 2015, 1355), los conflictos entre usucapiente y titular del derecho, se resuelven siempre de acuerdo con las normas relativas a la usucapición⁶⁶. Por tanto, si se cumplen los requisitos señalados por éstas para que tenga lugar la usucapición, el usucapiente siempre va a prevalecer sobre el que era titular del derecho y ha dejado que se consume aquélla (la usucapición).

En el caso de que ese titular, contra el que se ha llevado a cabo la usucapición, figurase en el Registro como titular del derecho, se produciría la denominada usucapición *contra tabulas*, es decir, aquella que se produce en contra de los pronunciamientos del Registro. Si decíamos que en la usucapición *secundum tabulas*, la usucapición venía a hacer coincidir la realidad extrarregistral con la registral, ahora es justo lo contrario. Con la consumación de la usucapición, se produce una disociación entre realidad registral y extrarregistral, pues quien sigue apareciendo en el Registro como titular, ya no lo es en realidad.

El gran interrogante que nos surge es qué ocurre con el tercero que adquiere a título derivativo de aquél que aún aparece como titular en el Registro, cuando la usucapición ya está consumada. Y más concretamente nos referimos al supuesto en que dicha usucapición, al momento de adquirir el tercero, ni siquiera estaba reconocida por sentencia judicial, ni anotado en el Registro el inicio de ningún procedimiento en este sentido que pudiese alertar al tercero⁶⁷. ¿Prevalecerá el tercero que ha adquirido a título derivativo confiando en el Registro, o el que adquirió a título originario por usucapición?

Ni la doctrina ni la jurisprudencia dudan en afirmar que, en estos casos, en el sistema de la transcripción, seguramente debido al escaso valor probatorio del Registro, prevalece siempre el adquirente por usucapición, y ello aunque el tercero adquirente por título derivativo de quien aparecía como titular registral, hubiese transcrito su derecho con anterioridad a la sentencia que reconoce la adquisición por usucapición, pues la regla del art. 2644 del *Codice*, solo juega en caso de conflicto entre adquirentes a título derivativo de un mismo vendedor⁶⁸.

Pero de ser esto así, si el usucapiente siempre va a prevalecer frente al tercero adquirente, aunque no estuviera transcrita la sentencia que la reconoce o la demanda tendente a ello, ¿qué quiere decir entonces el art. 2653 1) del *Codice* cuando establece que las sentencias recaídas en procedimientos dirigidos a reivindicar la propiedad u otros derechos reales sobre bienes inmuebles, o dirigidos

al reconocimiento de dichos derechos, no sólo afectará al que aparece como demandado en la transcripción de la demanda, sino también a aquellos que hubiesen adquirido derechos de este último (demandado) en base a un acto transcrito después de la transcripción de la demanda?⁶⁹

Es decir, en sentido negativo, este art. 2653 1) del *Codice*, relacionado con la usucapión, parece querer decir que las sentencias recaídas a favor del usucapiente, no afectarán al tercero que, adquiriendo de quien aparecía como titular registral, hubiese transcrito su adquisición antes de la transcripción de la demanda. Por tanto, estos terceros, adquirentes antes de la transcripción de la demanda, parecen quedar protegidos frente a la usucapión, prevaleciendo sobre el usucapiente.

Pero nada más lejos de la realidad, pues lo establecido en este precepto 2653 1) no es más que una limitación de la eficacia subjetiva de la sentencia que recae en ese procedimiento iniciado contra el que aparecía como titular registral. Es decir, la limitación de eficacia contenida en este precepto va referida únicamente a la sentencia que recae sobre el titular aparente que transmitió al nuevo adquirente, en el sentido de que ésta no podrá afectar a aquellos terceros que adquirieron del demandado (anterior titular registral) y transcribieron su adquisición antes que la transcripción de la demanda. Pero eso no significa que esos terceros vayan a prevalecer sobre el usucapiente. Éste (el usucapiente) lo único que tendrá que hacer es iniciar un nuevo procedimiento de reclamación contra ese tercero. Y ahora sí, la sentencia que recaiga le acabará afectando, sucumbiendo, en consecuencia, frente al usucapiente. Por tanto, repetimos que la limitación contenida en el art. 2653 1) no es una limitación genérica en el sentido de que la usucapión no pueda afectar nunca al tercero que adquirió y transcribió con anterioridad a la transcripción de la demanda, sino de una limitación que va referida únicamente a la sentencia que recaiga contra el anterior titular registral⁷⁰.

Ello significa, en conclusión, que el tercero adquirente del titular registral, con independencia de que hubiese transcrito antes o después de la demanda de reclamación o reconocimiento de la usucapión, acabará sucumbiendo frente a ésta. En el primer caso, el usucapiente, por la ya referida limitación del art. 2653, deberá iniciar un nuevo procedimiento contra él. Y en el segundo, la misma sentencia recaída en contra del anterior titular registral, perjudicaría igualmente al tercero adquirente. En ambos casos, a este último (tercero adquirente), para poder prevalecer frente a la usucapión, sólo le quedaría la posibilidad de adquirir por este mismo medio, es decir, por usucapión abreviada (ya que tiene transcrito el acto o negocio jurídico)⁷¹.

Veámoslo más claro con el siguiente ejemplo: A, quien aparece como titular registral, vende la finca x a B cuando contra aquél (A), ya se había consumado la usucapión de la referida finca por parte de C. Pues bien, en este caso, aunque

B transcribiera su adquisición con anterioridad a la sentencia que reconoce la adquisición por usucapión de C o de la demanda de este procedimiento, al no aplicarse la regla prevista en el art. 2644 del *Codice* (en el que se da la prioridad al que primero transcribe), acaba prevaleciendo el adquirente por título originario (usucapión). B, para poder prevalecer sobre C, no tendría más remedio que completar los plazos de la usucapión abreviada. Podemos decir, por tanto, que no existe en el Derecho italiano la figura de nuestro tercero hipotecario (no al menos en el sistema de la transcripción adoptado en la mayoría del territorio italiano, como explicaremos en el siguiente apartado).

Y es que, en nuestro derecho, como ya hemos explicado, el Registro, debido a los principios de legalidad y exactitud registral (derivada de la calificación registral), se presume exacto, protegiéndose, en consecuencia, la confianza depositada en él por un tercero de buena fe a través del principio de la fe pública Registral, siendo nuestro art. 36 LH el que se encarga de regular los supuestos en los que este tercero hipotecario va a poder prevalecer sobre la usucapión consumada⁷². Por el contrario, en el sistema de la transcripción, como decimos, no hay posibilidad alguna de que el tercero adquirente pueda prevalecer sobre la usucapión consumada, que siempre resultará vencedora.

Por tanto, y en resumidas cuentas de lo estudiado hasta aquí, en el sistema de la transcripción, en el que rige como hemos señalado la regla del consenso traslativo, esta (transcripción) solo es importante para resolver los conflictos entre varios adquirentes a título derivativo de un mismo vendedor común, resultando preferido aquél que transcribió primero. En cambio, cuando estamos hablando de conflicto entre adquirente a título derivativo y adquirente a título originario (usucapión), prevalece siempre este último, siendo indiferente la transcripción.

Sin embargo, el Registro italiano tiene una peculiaridad, y es que, en algunos territorios de Italia, no se sigue el sistema general de la transcripción, sino el sistema tabular, debiéndose matizar, en consecuencia, lo explicado hasta aquí. Es esta excepción, seguida como decimos en algunas zonas del territorio italiano, lo que vamos a analizar a continuación.

3. SISTEMA TABULAR

Como ya hemos advertido con anterioridad, en Italia, junto con el sistema de transcripción que opera mayoritariamente en todo el territorio, coexiste otro sistema de publicidad inmobiliaria: el sistema tabular o de libros fundarios, vigente en las provincias de Trento, Bolzano, Trieste, Gorizia, y algunas zonas de las provincias de Udine, Belluno y Brescia. Todos ellos, antiguos territorios pertenecientes al imperio austrohúngaro que, tras su anexión a Italia tras la primera

guerra mundial, siguieron conservando la aplicación del sistema tabular⁷³. Por tanto, como decimos, en estas nuevas provincias, no rige el sistema publicitario de la transcripción previsto en la ley civil común, sino el de los libros fundarios, regulado a través de la *Legge Tavolare* (Real Decreto de 28 de marzo de 1929, n. 499). Y ello hace que, respecto a estas provincias, lo explicado hasta aquí deba ser matizado, especialmente en lo relativo al tercero de buena fe que adquiere confiando en lo dispuesto en el Registro. Pero vayamos por parte.

En primer lugar, es importante recalcar que, en estas nuevas provincias en las que está implantado el sistema tabular, no rige el principio del consenso traslativo entre las partes consagrado en el art. 1376 del *Codice*, que sí se aplica, como hemos visto, en el resto del territorio italiano (sistema de la transcripción)⁷⁴. De hecho, la propia Ley Tabular, en su art. 2, señala expresamente que, contrariamente a lo dispuesto en el *Codice civile* italiano, el derecho de propiedad y el resto de los derechos reales sobre inmuebles, no se adquieren y transmiten *inter vivos*, hasta que no tiene lugar la inscripción del derecho en el libro fundario. Mientras no tenga lugar la inscripción en el libro, el acto o contrato carecerá de efecto transmisivo, siendo una mera obligación. Es obvio, por tanto, que, en el sistema tabular, cuando hablamos de transmisiones de derechos *inter vivos*, la inscripción tiene carácter constitutivo, pues hasta que esta no tiene lugar, el contrato no produce efecto transmisivo alguno, no ya frente a terceros, sino entre las propias partes del negocio.

Ello supone un cambio importante respecto a los territorios en los que se sigue el sistema de la transcripción, pues en este, como ya hemos visto, basta el acuerdo entre las partes para entender producida la transmisión del derecho, siendo necesaria la transcripción a los solos efectos de que el negocio pueda ser oponible a los terceros del art. 2644 del *Codice* (doble venta procedente de un mismo vendedor). En cambio, en los territorios en los que se implanta el sistema tabular, para la transmisión *inter vivos* de derechos, hasta que no se produzca la inscripción del contrato o negocio jurídico, no se produce la transmisión del derecho, ni entre las partes ni, mucho menos, frente a terceros⁷⁵.

Esta importante diferencia entre el sistema de la transcripción y el tabular se aprecia claramente en los casos de doble venta. Así, mientras que en el primero (el de la transcripción) el segundo adquirente, al seguirse un sistema consensualista y haber celebrado el vendedor común contrato de compraventa con un primer comprador, adquiriría de un *non dominus*, siendo preferido simplemente por aplicación de la regla del art. 2644 del *Codice*, en el segundo (el tabular), al regir el principio de inscripción constitutiva y no inscribir el primer comprador su negocio, no adquiere derecho alguno, adquiriendo el segundo comprador, en consecuencia, del todavía verdadero titular (vendedor común). Es decir, mientras que, en el sistema de la transcripción, el segundo comprador adquiriría *a non do-*

mino, resultando preferido por aplicación de la regla del art. 2644, en el sistema tabular, el segundo comprador adquiriría *a domino*, no habiendo discusión alguna que es este el verdadero y único titular del derecho, ya que el primero nada adquirió, más que una simple obligación con el vendedor.

El propio art. 6 de la *Legge Tavolare* nos dice que «*si un mismo inmueble ha sido vendido sucesivamente a más de una persona, adquiere la propiedad aquél que primero hubiese solicitado la inscripción en el libro fundario*». En realidad, como vemos, la ley para dar preferencia al segundo adquirente, ni siquiera le exige tener ya inscrito su derecho, sino simplemente que haya solicitado la inscripción. Solicitud que juega una especie de función preservadora, que asegura la prevalencia frente al primer comprador. Y si en el sistema tabular, como hemos explicado, el segundo comprador adquiere del todavía verdadero titular (vendedor común), resulta completamente indiferente la buena o mala fe de aquél (segundo adquirente). Es decir, al no existir derecho alguno a favor del primer comprador, resulta indiferente que el segundo tuviese conocimiento o no de esa primera venta, no pudiéndose hablar propiamente de oponibilidad o inoponibilidad del derecho⁷⁶.

Por tanto, repetimos que, en el sistema tabular, cuando la transmisión de los derechos tiene lugar *inter vivos*, la inscripción tiene carácter constitutivo. ¿Pero qué ocurre cuando la adquisición de derechos no se produce *inter vivos* sino por medio de usucapión? ¿Será también constitutiva la inscripción? Es decir, ¿se necesitará inscribir la sentencia que reconozca la usucapión para que ésta produzca sus efectos?

Dar respuesta a este interrogante resulta de vital importancia, especialmente a efectos del tercero que, confiando en lo dispuesto del Registro, adquiere de quien aparece como titular. Si la inscripción de la usucapión tuviese también carácter constitutivo, significaría, en consecuencia, que resulta irrelevante el hecho de que ese tercero adquirente tuviera o no conocimiento de la misma, pues mientras ésta (la usucapión) no se inscriba, no puede afectar a los terceros. Por el contrario, si la inscripción de la usucapión en el Registro no tuviese carácter constitutivo, y ésta surtiera efectos desde que se producen los requisitos establecidos para ello en el *Codice*, para que el tercero que adquiere de quien aparece en el Registro como titular pudiese prevalecer, debería ser de buena fe, desconociendo la usucapión. Por tanto, vemos que resulta muy importante aclarar si en el sistema tabular, aplicable a las nuevas provincias, la inscripción de la usucapión en el Registro tiene o no carácter constitutivo.

Si uno lee el art. 2 de la *Legge Tavolare* cuando dice que «*para la adquisición del derecho de propiedad y otros derechos reales sobre bienes inmuebles no basta con el negocio inter vivos, necesitándose la inscripción del mismo en el libro fundario*» parece querer decir, en una lectura opuesta del mismo, que en

las adquisiciones *mortis causa* y originarias, la inscripción no tiene tal carácter (constitutivo). La propia Corte Suprema di Cassazione, de hecho, confirma este punto, afirmando que «*en los territorios en los cuales rige el sistema tabular, basado en el principio de la publicidad constitutiva, el valor constitutivo de la inscripción se limita a los actos de adquisición inter vivos, pero no a los que traen causa de muerte o a las adquisiciones por usucapión*»⁷⁷.

Esto significa que, una segunda característica que debemos también resaltar del sistema tabular es que el valor constitutivo de la inscripción sólo tiene lugar cuando hablamos de adquisiciones *inter vivos*, pero no cuando la adquisición se produce por causa de muerte o a título originario (como la usucapión). En estos últimos casos, la inscripción tiene carácter declarativo⁷⁸. En consecuencia, en el sistema tabular, también se admiten las adquisiciones al margen del Registro, como ocurre con la usucapión extratabular del art. 1158 del *Codice*. Ésta surte efectos desde el momento en que se dan los presupuestos fijados en el *Codice* para ello, no siendo necesaria en este sentido su inscripción en el Registro⁷⁹. No obstante, dicha inscripción, a diferencia del sistema de la transcripción en el que hemos visto que la usucapión, estuviera o no inscrita, acaba prevaleciendo siempre sobre el tercero adquirente, en el sistema tabular sí es recomendable llevarla a cabo para no sucumbir frente al tercero del art. 5 de la *Legge Tavolare*⁸⁰. Según se nos dice en este precepto (art. 5), «*la persona que alegue haber adquirido la propiedad u otro derecho real sobre un bien inmueble por usucapión o por otro modo de adquisición originaria, podrá obtener su inscripción en el Registro sobre la base de una sentencia firme que reconozca dicho derecho. La persona que alegue la extinción, por prescripción, de un gravamen inscrito en el Registro sobre un bien inmueble u otro derecho real, podrá obtener su cancelación sobre la base de una sentencia firme que reconozca la extinción del gravamen. Sin embargo, en todo caso, no se verán afectados aquellos derechos que los terceros, bajo la confianza del libro fundario, hubiesen adquirido con anterioridad a la inscripción o cancelación, o a la anotación de la solicitud judicial encaminada a obtener la inscripción o la cancelación*». Es decir, en este art. 5 se deja claro que la usucapión no inscrita, o al menos la demanda judicial en orden a obtener su reconocimiento, no podrá perjudicar a los terceros que adquieren confiando en lo dispuesto en el Registro.

Por tanto, mientras que en el sistema común italiano (el de la transcripción) la usucapión *contra tabulas* no tiene límite alguno (ni siquiera frente al tercero que adquiere confiando en el Registro), en el sistema tabular, la usucapión sí que lo tiene: el del tercero que adquiere confiando en el Registro (art. 5 *Legge Tavolare*). En consecuencia, en el sistema tabular, sí podríamos decir que existe la figura de nuestro tercero hipotecario (art. 34 LH). Y ello, porque en este sistema (el tabular), al igual que en nuestro Registro, también rigen los principios hipote-

carios de legitimación y exactitud registral (derivado de la calificación registral). Es decir, en el sistema tabular, el acto que va a ser objeto de inscripción pasa por el control del *giudice tavolare*, que es el órgano público encargado de controlar la legalidad de éste, asegurándose que no adolece de vicio alguno y que no existen datos tabulares contrarios que impidan la inscripción (es decir, comprueba que no existen anotaciones de que ese derecho haya sido usucapido). Ese control de legalidad del acto sujeto a inscripción, unido al principio de inscripción constitutiva, hacen que lo publicado en el Registro se presuma exacto y veraz, y que lo que no conste en él no exista, protegiéndose, en consecuencia, al tercero que adquiere confiando en la apariencia registral (art. 5 *Legge Tavolare*).

No obstante, ha sido muy discutido por la doctrina italiana si ese tercero del art. 5, para quedar protegido, ha de desconocer necesariamente la usucapión consumada (es decir, ha de ser de buena fe), o si, por el contrario, resulta indiferente que éste tenga o no conocimiento de la situación. Aunque encontramos jurisprudencia⁸¹ y doctrina⁸² que, sobre todo en un primer momento, defendían que resultaba irrelevante la buena o mala fe del tercero, hoy en día, se tiene mayoritariamente aceptado que, al tener, como hemos visto, carácter declarativo la inscripción de la sentencia que reconoce la usucapión, y no constitutivo, el tercero que adquiere confiando en la apariencia registral (art. 5 *Legge Tavolare*), debe ser de buena fe, desconociendo, en consecuencia, la realidad extrarregistral. Así lo afirma la Corte Suprema di Cassazione en sentencias recientes como, por ejemplo, la de 6 de julio de 2021⁸³, dejando claro que la usucapión consumada no inscrita en el Registro, o al menos no anotada la demanda de usucapión, sólo sucumbirá frente al tercero de buena fe que adquirió confiando en lo dispuesto en el Registro y desconociendo la realidad extrarregistral. No obstante, mientras no se pruebe lo contrario, al tercero adquirente se le presume de buena fe, siendo el usucapiente el que deba demostrar que aquel era conocedor de la realidad extrarregistral⁸⁴.

Nosotros, siguiendo esta postura más reciente de la Corte Suprema di Cassazione, también nos mostramos partidarios de entender que el tercero al que se hace referencia en el art. 5 de la ley tabular debe ser de buena fe y desconocer, en consecuencia, la realidad extrarregistral. La razón de ser de ese artículo 5, al igual que nuestro art. 34 LH, es precisamente proteger al tercero que contrata porque confía en lo publicado en un Registro que, debido a las garantías del principio de legalidad y calificación registral, se presume exacto y veraz, careciendo por tanto de sentido que igualmente se le proteja cuando era conocedor de su inexactitud. Si no es de buena fe, la realidad jurídica extrarregistral no debe sucumbir ante la realidad creada por el Registro⁸⁵.

Sin embargo, entre los defensores de la necesidad de que el tercero sea de buena fe para resultar protegido frente a la usucapión, se discute también si la

misma ha de ser una buena fe subjetiva, desconectada de toda idea de culpa, u objetiva, en la que es necesario que el error sufrido por el tercero sea excusable. Es decir, llevado al supuesto concreto, se discute si al tercero, para resultar protegido, le basta con la mera confianza depositada en el Registro, o si, por el contrario, debería exigírsele que compruebe que la situación posesoria del bien adquirido se corresponde con la realidad reflejada por este (el Registro)⁸⁶.

Entre los que defienden la buena fe subjetiva del tercero encontramos a autores como Guglielmucci (Guglielmucci, 1970, 225)⁸⁷ o Mengoni (Mengoni, 2018, 48)⁸⁸. Ambos defienden que al tercero adquirente no se le puede exigir que lleve a cabo investigaciones más allá de la consulta del Registro, entendiendo que la culpa no le puede privar de la adquisición. Precisamente, uno de los efectos característicos de la fe pública registral, derivado de la legitimación del Registro, sería para estos autores la exoneración al tercero adquirente de tener que comprobar la realidad jurídica declarada. Sin embargo, a este respecto es importante recordar que, en el sistema tabular, sólo en las transmisiones *inter vivos* a título derivativo la inscripción es constitutiva. No lo es, en cambio, en las adquisiciones a título originario (usucapión) o *mortis causa*, reconociéndose, por tanto, las adquisiciones al margen del Registro. De ahí que en el modelo austriaco (seguido por el sistema tabular aplicable en las nuevas provincias), no podamos decir que el Registro goce de una certeza absoluta. No ocurre lo mismo que en el modelo alemán (sistema germánico), en el que, tanto en las adquisiciones originarias como en las derivativas, la inscripción es constitutiva, no habiendo posibilidad de adquirir al margen del Registro. En el modelo germánico, en consecuencia, el Registro goza de una presunción absoluta de propiedad. Por el contrario, en el modelo austriaco, al admitirse adquisiciones al margen del Registro (originarias y *mortis causa*), la fuerza registral es más atenuada, tratándose de una simple presunción de propiedad, contra la que cabe prueba en contrario⁸⁹. Al no tener el Registro, en consecuencia, un valor probatorio absoluto, y ser posible la discordancia entre realidad registral y extrarregistral, no parece correcto afirmar que, al tercero adquirente, para resultar protegido frente a la usucapión, le baste con la mera consulta del Registro. Lo lógico sería exigirle al tercero adquirente que trate de comprobar que la realidad publicada en el Registro coincide con la situación posesoria del inmueble. De lo contrario, salvo que del estudio concreto del caso pueda desprenderse otra cosa, no parece que pueda decirse que el tercero adquirente, en un Registro que no es prueba absoluta de la realidad y que puede estar equivocado, actúa de manera diligente, desentendiéndose de la realidad extrarregistral. Es decir, a este tercero del art. 5 de la *Legge Tabulare* se le exigiría una buena fe objetiva (ética).

Esta idea de que al tercero del art. 5 se le exige una buena fe objetiva, debiendo realizar averiguaciones más allá del Registro, se reafirma si atendemos a la línea jurisprudencial mantenida por la Corte Suprema di Cassazione en los

últimos años. Así, el Alto Tribunal italiano afirma, por ejemplo, en sentencia de 23 de mayo de 1995 que, «*en el sistema tabular, la usucapión puede hacerse también valer frente al tercero adquirente por acto inter vivos que, aún habiendo inscrito primero su derecho, la conocía o había podido conocerla con las averiguaciones propias que impone la diligencia común*»⁹⁰, o en sentencia de 6 de diciembre de 1997 que «*la falta de inscripción de la sentencia que reconoce la adquisición del derecho usucapido, hace que la usucapión sea inoponible frente a los terceros que, de buena fe, hubiesen adquirido derechos sobre la base de los libros fundarios, pero no frente aquellos que conocían (o debían haber podido conocer) la usucapión*»⁹¹. Es decir, la Corte Suprema di Cassazione deja claro que la usucapión no inscrita no podrá oponerse frente a los terceros de buena fe, pero sí frente a aquellos que conocían o debieran haber podido conocer, con una diligencia debida, la existencia de ésta. Ese “*debieran haber podido conocer*” empleado por el Alto Tribunal italiano, muestra claramente, en nuestra opinión, que le exige al tercero del art. 5 una buena fe, no subjetiva, sino objetiva, ya que éste, además de la consulta del Registro, deberá realizar las averiguaciones pertinentes, a fin de comprobar que lo publicado en el mismo coincide con la realidad extrarregistral⁹². Si no lleva a cabo esas indagaciones, quedándose con lo publicado en el Registro, salvo que de las concretas circunstancias del caso pueda deducirse lo contrario, no podrá decirse que haya actuado de una manera diligente.

¿Y qué ocurre con aquella usucapión que, al momento de la adquisición del tercero, no está consumada, pero está a punto de hacerlo (lo que, en España, conocemos como usucapión *cuasi* consumada)?

En el Derecho italiano, a diferencia del español⁹³, no se contempla este supuesto. Sólo se prevé, como acabamos de ver, que la usucapión consumada y no inscrita no perjudique al tercero que, de buena fe, adquiere confiando en la apariencia del Registro. Esto significa que cuando la usucapión aún no se ha consumado, aunque le falte muy poco para hacerlo en el momento de la adquisición del tercero (por ejemplo, una semana o, incluso un día), éste solo dispondrá de ese restante plazo (el que queda para la completa consumación de aquella) para tratar de interrumpirla. Si no lo hiciese, acabaría sucumbiendo frente a la usucapión. Por tanto, en el sistema tabular, el tercero de buena fe prevalece sobre la usucapión consumada, pero no frente a la *cuasi* consumada. Si no logra detener ésta en el plazo que le quede (ya sea un año, tres meses o, incluso, un día), la usucapión prevalecerá⁹⁴.

IV. CONCLUSIONES

- I. En el sistema italiano, para la transmisión de los derechos, se adopta el sistema de la transcripción, en el que basta con el simple acuerdo entre

las partes para que se produzca aquella (la transmisión), no siendo necesaria, ni la tradición (entrega) ni la transcripción en el Registro. No obstante, esta última (transcripción) será importante a efectos de poder hacer oponible el negocio transmisivo al tercero del art. 2644 del *Codice*. Significa ello, por tanto, que la regla del consenso traslativo tiene una eficacia *inter partes*, pero la oponibilidad a los terceros, en caso de doble venta, depende única y exclusivamente de la transcripción del derecho, siendo indiferente la buena o mala fe de estos últimos (terceros). Esta buena o mala fe del segundo adquirente influye únicamente en el hecho de su responsabilidad extracontractual frente al que adquirió primero, pero no en su preferencia para la adquisición del derecho. Por tanto, aunque se dice que en el sistema Italiano la inscripción en el Registro tiene un carácter meramente declarativo, el art. 2644 del *Codice* pone de manifiesto que esto no es del todo así. Más bien, respecto de terceros, entendemos que la inscripción tendría un valor constitutivo.

Cuando no estamos en el supuesto de hecho del art. 2644 del *Codice*, en las adquisiciones *a non domino*, la transcripción del adquirente no titular no resuelve el conflicto, necesitando acudir a la usucapión para poder prevalecer frente al verdadero titular (*usucapione decennale*).

- II. En el Derecho italiano, para poder llevar a cabo la denominada *usucapione decennale*, como ya hemos advertido, además de la posesión *ad usucapionem*, la buena fe, y el justo título, se exige la transcripción de este último en el Registro. Esta obligatoriedad de la transcripción del título en el Registro hace que la usucapión abreviada, en el Derecho italiano, sea necesariamente tabular. Es decir, esta usucapión abreviada no se va a poder producir al margen del Registro, como sí ocurre en España.
- III. Cuando la usucapión se produce, no de conformidad con el Registro, sino contradiciendo la realidad publicada por este (usucapión *contra tabulas*), hemos visto que, en el sistema italiano, con independencia de que la usucapión haya sido o no transcrita en el Registro, va a prevalecer siempre sobre lo publicado en el Registro. Esto significa que, en los conflictos que puedan surgir entre usucapiente y los terceros que adquieran del titular registral, prevalecerá siempre el usucapiente, siendo indiferente, en estos casos, la transcripción. Ello es debido al “escaso” valor probatorio que se le atribuye al Registro. No obstante, quizás esto no debería ser del todo así, pues como ya hemos dicho, en nuestra opinión, la inscripción en el Registro tiene más carácter constitutivo que declarativo, y en consecuencia, la confianza depositada por el tercero en el Registro debería tener algo más de protección. Por ello, debería plantearse la posibilidad de que la usucapión no inscrita sí debería verse quizás

perjudicada por la adquisición del tercero de buena fe, como ocurre en el sistema tabular.

- IV. En el sistema tabular, seguido en algunas provincias de Italia, al igual que ocurre en España, el Registro se presume exacto y veraz, debido principalmente a los principios de legalidad y calificación registral, protegiéndose la confianza que el tercero de buena fe deposita en el Registro. Y una buena prueba de ello lo constituye el art. 5 de la *Legge tavolare*, en el que, frente a la usucapión consumada, se viene a proteger al tercero de buena fe que ha adquirido confiando en la apariencia registral. Es decir, en este art. 5 se deja claro que la usucapión no inscrita, o al menos la demanda judicial en orden a obtener su reconocimiento, no podrá perjudicar a los terceros que adquieren confiando en lo dispuesto en el Registro. Por tanto, mientras que en el sistema común italiano (el de la transcripción) la usucapión *contra tabulas* no tiene límite alguno (ni siquiera frente al tercero que adquiere confiando en el Registro), en el sistema tabular, al igual que ocurre en el Derecho español, la usucapión sí que lo tiene: el del tercero que adquiere confiando en el Registro. En consecuencia, en el sistema tabular, sí podríamos decir que existe la figura de nuestro tercero hipotecario (art. 34 LH) y el principio de fe pública registral. Y dicho tercero, al igual que en España, para poder prevalecer sobre la usucapión consumada, según la Corte Suprema di Cassazione, deberá ser de buena fe, no habiendo conocido ni podido conocer con el uso de la normal diligencia, la existencia de la misma.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALAS, L., DE BUEN, D., Y RAMOS, E. R. (1916). *De la usucapión*. Madrid: Imprenta Ibérica de E. Maestre.
- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1964). *Instituciones de Derecho civil*. Barcelona: Publicaciones del Real Colegio de España, Bosch.
- (2004). *La usucapión*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España.
- ANDRADES NAVARRO, A. (2023). *Usucapión y Registro de la Propiedad*. Cizur Menor: Aranzadi.
- BASSI, M. (2013). *Manuale di diritto Tavolare*. Milano: Giuffrè.
- BENAYAS SÁNCHEZ CABEZUDO, J. J. (1946). La usucapión y el Registro de la propiedad en el derecho español. en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T.3.
- BRESCH, M. (1932). *Le nuove leggi sui libri fondiari per la Venezia Giulia e Tridentina*. Padova.

- CALVO MEJIDE, A. (2000). Reflexiones sobre la usucapión y la protección registral del tercero hipotecario. Comentarios al artículo 36 de la Ley Hipotecaria. *Actualidad Civil*, núm. 1.
- CENINI, M. (2009). *Gli acquisti a non domino*. Milano: Giuffrè.
- CIMMINO, N. A. (2012). *La trascrizione immobiliare*, Milano: Giuffrè.
- COVIELLO, N. (1924). *Della trascrizione*, Vol. I. Nápoles.
- CUENA CASAS, M. (2016). Comentario a los arts. 441-460. En: A. Cañizares Laso y P. de Pablo Contreras (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. I. Navarra: Civitas.
- (2005-2007). Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007. Doble venta y venta de cosa ajena. Alcance del art. 1.473 del Código Civil. *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, Vol.1.
- DE MARTINO, F. (1984). Comentario del art. 1159. En Scialoja-Branca (a cura di), *Commentario del Codice Civile*. Bologna-Roma.
- (1984). Comentario del art. 1163. En Scialoja-Branca (a cura di), *Commentario del Codice Civile*. Bologna-Roma.
- DE REINA TARTIÈRE, G (2014). El valor de la inscripción en el Registro de la Propiedad inmueble español. *Actualidad Civil*, N.º 5, Sección A Fondo, mayo, T. 1. Wolters Kluwer, p. 514, (LA LEY 2227/2014).
- DÍEZ PICAZO, L. (1995). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. III. Madrid: Civitas.
- (1964). *La prescripción en el Código civil*, Barcelona: Bosch.
- ESPÍN CÁNOVAS, D. (1981). *Manual de Derecho civil español*, T. II. Madrid: Revista de Derecho privado.
- FERRI, L. (1951). Doppia alienazione immobiliare e buona fede nel sistema dei libri fondiari. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*.
- FORTI, P. (2015). Brevi cenni sulla trascrizione degli accordi di accertamento dell'usucapione. *Rivista del Notariato*, fasc.6.
- GABRIELLI, G. (1974). Lineamenti di una comparazione fra il sistema della trascrizione e l'ordinamento tavolare. *Atti del Convegno di studio sui problemi del Libro Fondiario*. Trieste.
- GABRIELLI, G. y TOMMASEO, F. (1999). Comentario del art. 5. *Commentario della legge tavolare*. Milano: Giuffrè.
- GALGANO, F. (1993). *Diritto civile e commerciale*, Vol. I. Padova: Cedam.
- GAMBARO, A., y MORELLO, U. (2008). *Trattato dei diritti reali*, Vol.1. Milano: Giuffrè.
- GARCÍA GARCÍA, J. M. (1999). Comentario del art.36. En: M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart (directores), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, T.VII, Vol. 4.º Edersa.
- GARCÍA VALDECASAS, G. (1953). *La posesión*. Granada.
- GAZZONI, F. (2021). *Manuale di diritto privato*. Nápoles: Edizione scientifiche italiane.
- (2016) *Manuale di diritto privato*. Nápoles: Edizione scientifiche italiane.
- GORDILLO CAÑAS, A. (2020). *El Registro de la Propiedad. Principios y Sistema*. Madrid: Reus.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2016). La posesión en concepto de dueño como base de la usucapión extraordinaria. en *RCDI*, n.º 757.

- GRIMALT SERVERA, P. (2013). Comentario al art. 444 CC. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. III. Tirant lo Blanch.
- GUGLIELMUCCI, L. (1970). Limiti di tutela del titolare di diritti reali immobiliari non iscritti nel libro fondiario. *Giurisprudenza di merito*, T. I.
- MALTESE, D. (1973). Conflitto, nel codice e nella legge tavolare, fra diritto acquistato dal titolare iscritto e diritto usucapito contro il titolare iscritto. En *Giurisprudenza italiana*, T. 1.
- (1974). Usucapione, pubblica fede e buona fede individuale nell'ordinamento tavolare. En *Giurisprudenza italiana*, T. 1.
- MENGGONI, L. (1972). Problemi di diritto tavolare nel quadro dell'ordinamento italiano. En *Atti del convegno di studio sui problemi del libro fondiario* (Trento, octubre 1971). Trento.
- (2018). *Scritti di diritto tavolare*, a cura di Andrea Nicolussi. Nápoles: Jovene editore.
- MURGA FERNÁNDEZ, J. P. (2014). La configuración de la buena fe del tercero hipotecario. Breves notas en defensa de su concepción "ética". En: J. P. Murga Fernández y S. Tomás Tomás (coords.), *Cuestiones actuales de Derecho patrimonial desde una perspectiva italo-española*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- MOCCIA, L. (1993). *Figure di usucapione e sistema di pubblicità immobiliare. Sintesi di diritto privato europeo*, Milano: Giuffrè.
- MORALES MORENO, A. M. (1971). La inscripción y el justo título de usucapión. En: *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 24, N.º 4
- (1972). *Posesión y usucapión. Estudio de la posesión que conduce a la usucapión en el código civil español*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- PERLINGIERI, G. (2010). Art. 1147. *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, 3.ª ed., libro terzo— Della proprietà (artt. 810-1172). Napoli: Edizioni Scientifiche italiane.
- (2010). Art. 1158. *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, libro terzo— Della proprietà (artt. 810-1172). Napoli: Edizioni Scientifiche italiane.
- POLA, P. (2011). *L'usucapione*. Padova: Cedam.
- PUIG BRUTAU, J. (1994). *Fundamentos de Derecho civil*, T.III, Vol.1. Barcelona: Bosch.
- QUARTA, A. (2020). Il rompicao dell'inequivocabilità: la Corte di Cassazione e la rinuncia all'usucapione. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Vol. 74, fasc.2.
- ROCA SASTRE, R. M.ª; ROCA SASTRE MUNCUNILL, L., Y BERNA I XIRGO, J. (2008). *Derecho Hipotecario*, Vol. 2.º, T. II. Barcelona: Bosch.
- RUPERTO, S. (1992). *L'usucapione*. Milano: Giuffrè.
- SACCO, R. (1988). Il possesso. En: A. Cicu y F. Messineo (directores), *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Milano: Giuffrè.
- (1950). Priorità dell'iscrizione tavolare e buona fede. Ignoranza di norma e buona fede. *Giurisprudenza completa della Corte suprema di cassazione. Sezioni civili*, III.
- SANCIÑENA ASURMENDI, C. (2009). *La usucapión Inmobiliaria*. Pamplona: Aranzadi.
- SICCHIERO, G. (1996). Ancora sulla buona fede nel diritto tavolare. *Giurisprudenza italiana*, T. I.

- (1994). La fede dal diritto austriaco al sistema del libro fondiario. *Contratto e impresa*.
- TORRENTE, A., y SCHLESINGER, P. (2009). *Manuale di diritto privato*, Milano: Giuffrè.
- TUR FAÚNDEZ, M. N., (2013). Comentario del art. 1944 CC. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. IX. Tirant lo Blanch.
- «Comentario del art. 1952 CC» en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.) *Comentarios al Código Civil*, T. IX, Tirant, 2013.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B. (1947). La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública. *Revista de Derecho Privado*, T. XXXI.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (2016). Comentario del art. 1944. En: A. Cañizares Laso y P. de Pablo Contreras (directores), *Comentarios al Código Civil*, T. IV. Navarra: Civitas.
- (2000). ¿Usucapión de cosa propia? El más difícil todavía del Tribunal Supremo (o la asombrosa sentencia del 17 de julio de 1999). En: *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N.º 2

NOTAS

¹ GALGANO, F. (1993). *Diritto civile e commerciale*, Vol. I. Padova: Cedam, p. 401: «*È possessore, negli esempi ora fatti, chi abita un appartamento o coltiva un fondo o usa un veicolo senza riconoscere in altri il proprietario e, perciò, senza pagare ad altri un canone di locazione o di affitto o di noleggjo*».

² MORALES MORENO, A. M. (1972). *Posesión y Usucapión. Estudio de la posesión que conduce a la Usucapión en el código civil Español*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, p. 76; ALBALADEJO GARCÍA, M. (2004). *La usucapión*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, pp. 58 y ss.; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2016). La posesión en concepto de dueño como base de la usucapión extraordinaria. en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 757, p. 2873.

³ Pueden verse en este sentido SANCIÑENA ASURMENDI, C. (2009). *La usucapión Inmobiliaria*. Pamplona: Aranzadi, p. 61; CALVO MELIJE, A. (2000). Reflexiones sobre la usucapión y la protección registral del tercero hipotecario. Comentarios al artículo 36 de la Ley Hipotecaria. *Actualidad Civil*, núm. 1, p. 129. También STS de 30 de diciembre de 1994 [RJ 1994, 10592]; STS de 17 de mayo de 2002 [RJ 2002, 5343]; y STS de 30 de diciembre de 2010 [RJ 2011, 1788].

⁴ GALGANO, F. (1993). *Diritto civile e commerciale*, op. cit., p. 405.: «*Si può, dunque, possedere in due modi: o direttamente, detenendo la cosa con l'animo di considerarla propria; oppure indirettamente (cosiddetto possesso mediato), per mezzo di altri che ne abbia la detenzione (art. 1140, comma 2o) o un possesso minore (possessione di enfiteusi, di usufrutto ecc.)*».

⁵ En este sentido vid. GALGANO, F. (1993). *Diritto civile e commerciale*, op. cit., p. 402.

⁶ Según nos dice este precepto «*no aprovechan para la posesión los actos de carácter posesorio ejecutados en virtud de licencia o por mera tolerancia del dueño*». Lo explica también muy bien la Corte apello Génova, 27 de septiembre de 2021, n.964, cuando nos dice que «*possessore è colui che utilizza il bene come se ne fosse proprietario; viceversa, se non v'è tale atteggiamento, si parla di detenzione. Pertanto la distinzione tra possesso e detenzione si fonda sull'animus: solo il possessore intende agire come proprietario del bene*».

⁷ En nuestra opinión, posesión en virtud de licencia sería aquella que se ampara necesariamente en títulos contractuales, por los que se atribuye la posesión inmediata a un sujeto distinto del titular, pero reconociéndose en todo momento la propiedad de este (casos de contrato de arrendamiento, comodato, etc.). De esta misma opinión es MORALES MORENO, A. M. (1972). *Posesión y usucapión. Estudio de la posesión que conduce a la usucapión en el código civil español*, op. cit., p. 121.

⁸ Así lo afirma, por ejemplo, la Corte apello Catania, 12 de abril de 2022, n.765: «*L'art. 1141 c.c. pone una presunzione iuris tantum di possesso in capo a colui che esercita il potere di fatto sulla cosa corrispondente all'esercizio di un diritto reale sicché spetta a colui che contesta tale potere l'onere di provare che l'attività materiale corrispondente al possesso sia iniziata come mera detenzione o come precario ovvero per tolleranza del titolare del diritto*».

⁹ Así lo manifiesta también la Corte Suprema di Cassazione, cuando nos dice que «*il possesso ad usucapionem richiede un comportamento continuo e non interrotto, protrattosi per il tempo stabilito dalla legge, che dimostri inequivocabilmente l'intenzione di esercitare un potere sulla cosa corrispondente a quello del proprietario o del titolare di uno "ius in re aliena"*» [Cass., 9 de febrero de 1985, n. 1069; Cass., 14 de marzo de 1990, n. 2088; y Cass. 09 de octubre de 1957, n. 3676].

¹⁰ Como nos dice PERLINGIERI, G. (2010). Art. 1158. *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, libro terzo— Della proprietà (art. 810-1172). Napoli: Edizioni Scientifiche italiane, p. 846, «la continuità, cioè, non deve necessariamente tradursi in un'ininterrotta attività materiale di esercizio del possesso, essendo sufficiente che singoli atti siano posti in essere ogni qual volta il possessore lo voglia, in relazione alle concrete possibilità di godimento del bene». Vid. en el mismo sentido POLA, P. (2011). *L'usucapione*. Padova: Cedam, p. 9, y SACCO, R. (1988). Il possesso. En: A. Cicu y F. Messineo (directores), *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Milano: Giuffrè, Milano, p. 903 (pp. 375-408). Así lo expresa también la Corte Suprema di Cassazione, por ejemplo, en Cass. 23 de marzo de 1998, n. 3081; y Cass., 8 de octubre de 2021, n. 27376.

¹¹ «L'usucapione è interrotta quando il possessore è stato privato del possesso per oltre un anno. L'interruzione si ha come non avvenuta se è stata proposta l'azione diretta a ricuperare il possesso e questo è stato ricuperato»

¹² TUR FAÚNDEZ, M. N. (2013). Comentario del art. 1944 CC. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. IX. Tirant lo Blanch, p. 13170.

¹³ Así lo expresa PERLINGIERI, G. (2010). Art. 1158..., op. cit., p. 846, cuando nos dice que «Il requisito della non interruzione del possesso non viene meno, reputa la giurisprudenza, nel caso di spoglio seguito dal vittorioso esperimento dell'azione di reintegra, poiché la reazione allo spoglio è di per sé atto di esercizio del possesso».

¹⁴ En este sentido Vid. Cass. 28 de noviembre de 1981, n. 6349: «l'art. 1167 c.c., secondo cui l'usucapione è interrotta quando il possessore sia privato del possesso della cosa per oltre un anno, si riferisce al caso di perdita del possesso per fatto del terzo o per cause naturali e, pertanto, non è applicabile nella diversa ipotesi di abbandono della cosa posseduta per atto volontario del possessore».

¹⁵ Lo mismo ocurre, en nuestra opinión, en el Derecho español. El abandono de la cosa, previsto en el art. 460 CC como causa de pérdida de la posesión, produciría la interrupción de la usucapión de manera inmediata, no siendo necesario esperar el plazo de un año establecido en el art. 1944 CC. Desde el mismo momento que el usucapiente abandona la cosa, se interrumpe la usucapión. Por tanto, si se iniciare una nueva posesión por parte de éste, y siempre que fuera nuevamente apta a efectos de usucapión, comenzaría el cómputo prescriptivo desde el principio, y no por donde lo había dejado justo antes del abandono. Vid. en este sentido Díez Pícazo, L. (1964). *La prescripción en el Código civil*. Barcelona: Bosch, págs. 127-128; YZQUIERDO TOLSADA, M. (2016). Comentario del art. 1944. En: A. Cañizares Laso y P. de Pablo Contreras (directores), *Comentarios al Código Civil*, T. IV. Navarra: Civitas, pág.1480; o MORALES MORENO, *Posesión y usucapión. Estudio de la posesión que conduce a la usucapión en el Código civil español*, op. cit., pág. 329.

¹⁶ En este sentido Vid. MORALES MORENO, A. M. (1972). *Posesión y usucapión. Estudio de la posesión que conduce a la usucapión en el Código civil español...*, op. cit., p. 175; y CUENA CASAS, M. (2016). Comentario a los arts. 441-460. En: A. Cañizares Laso y P. de Pablo Contreras (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. I. Navarra: Civitas, pp. 1819 y 1882.

¹⁷ En contra de esta teoría, encontramos a autores como GARCÍA VALDECASAS, G. (1953). *La posesión*. Granada, p. 30; Díez-Pícazo, L. (1995). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. III. Madrid: Civitas, p. 635 y 636; y ALBALADEJO GARCÍA, M. (1964). *Instituciones de Derecho civil*. Barcelona: Publicaciones del Real Colegio de España, Bosch, p. 116-117. Para estos autores la posesión del despojante, aunque se haya adquirido con violencia, cuenta desde el principio y no desde que haya transcurrido el año al que hace referencia el artículo 460.4.º CC.

¹⁸ «*Il possesso acquistato in modo violento o clandestino non giova per l'usucapione se non dal momento in cui la violenza o la clandestinità è cessata*».

¹⁹ En este sentido Cass., 12 de enero de 1965, n. 46. En contra puede verse DE MARTINO, F. (1984). Comentario del art. 1163. En: Scialoja-Branca (a cura di), *Commentario del Codice Civile*. Bologna-Roma, p. 93, según el cual, para que exista violencia, debe existir una efectiva violencia física o moral: «*noi riteniamo che la violenza, che vizia il possesso e lo rende inidoneo all'usucapione, deve essere un'effettiva violenza, fisica o morale, e non basta una semplice attività in contrario con la volontà del proprietario o del possessore precedente*».

²⁰ Cass., 10 de abril de 1973, n. 1021; Cass. 17 de julio de 1998, n. 6997; Cass. 14 de mayo de 1979, n. 2800; Cass. 9 de octubre de 1970, n. 1910; y Cass. 9 de mayo de 2008, n. 11624.

²¹ De esta opinión es el propio DE MARTINO, F. (1984). Comentario del art. 1163..., op. cit., pp. 96-97, que nos dice que el momento en que debe entenderse cesada la violencia o clandestinidad «*coincide con quello in cui non solo sono terminati gli atti fisici di violenza, ma altresì sia terminata obbiettivamente la causa del timore sorto nell'animo dello spogliato: decidere quando ciò avvenga è indagine di fatto da compiersi prudentemente caso per caso*».

²² Según este precepto «*chi è stato violentemente od occultamente spogliato del possesso può, entro l'anno dal sofferto spoglio, chiedere contro l'autore di esso la reintegrazione del possesso medesimo*».

²³ En caso de despojo clandestino de la posesión, al igual que se tiene aceptado mayoritariamente en el Derecho español, ese plazo fijado en el art. 1168 del *Codice* no comenzaría a computarse hasta el momento en que se tuviera conocimiento del despojo.

²⁴ ALAS, L., DE BUEN, D. Y RAMOS, E. R. (1916). *De la usucapión*. Madrid: Imprenta Ibérica de E. Maestre, p.170.

²⁵ Como nos dice POLA, P. (2011) *L'usucapione...*, op. cit., p. 14, «*la pubblicità non richiede l'effettiva conoscenza da parte del soggetto interessato o di chi lo rappresenti, bastando la di lui obiettiva possibilità di prendere conoscenza dell'altrui possesso*».

²⁶ Cass. 30 de abril de 2021, n.11465. En el mismo sentido pueden verse las SS. de Cass. 23 de julio de 2013, n.17881 y Cass.18 de octubre de 2019, n.26633.

²⁷ En este sentido Vid MORALES MORENO, A. M. (1972). *Posesión y usucapión. Estudio de la posesión que conduce a la usucapión en el Código civil español...*, op. cit., p.165; o GRIMALT SERVERA, P. (2013). Comentario al art. 444 CC. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. III. Tirant lo Blanch, p. 3588.

²⁸ ALBALADEJO GARCÍA, M. (2004). *La usucapión...*, op. cit., p. 67.

²⁹ RUPERTO, S. (1992). *L'usucapione*. Milano: Giuffrè, p. 1032. También lo expresa así la Corte Suprema di Cassazione, para la cual el requisito «*dell'inequivocità*» es un requisito intrínseco a la posesión, «*il quale deve consistere, in modo né dubbio né incerto, nell'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale*» [Cass. 15 de octubre de 2015, n.20819]. Vid. en este mismo sentido, por ejemplo, Cass. 18 de abril de 2003, n. 6314, Cass. 17 de octubre de 2014, n.22076, Tribunale Brescia, 20 de octubre de 2021, n.2576.

³⁰ Así lo expresa nuestro art. 1959 CC, según el cual «*se prescriben también el dominio y demás derechos reales sobre los bienes inmuebles por su posesión no interrumpida durante treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe*».

³¹ Principio que se encuentra recogido en el art. 38 LH, en el que se establece que «*los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo*». Para un estudio más detallado del mismo Vid. GORDILLO CAÑAS, A. (2020). *El Registro de la Propiedad. Principios y Sistema*. Madrid: Reus, págs. 175 y ss.

³² Este principio impone que los títulos que pretenden su inscripción en el Registro de la Propiedad sean sometidos a un previo examen o calificación del Registrador de la propiedad, a los efectos de decidir si procede o no la práctica del asiento solicitado.

³³ Según se nos dice en este artículo, «*nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato*».

³⁴ «*Gli atti enunciati nell'articolo precedente non hanno effetto riguardo ai terzi che a qualunque titolo hanno acquistato diritti sugli immobili in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione degli atti medesimi*».

³⁵ TORRENTE, A., y SCHLESINGER, P. (2009). *Manuale di diritto privato*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 1426: «*Ai fini dell'art.2644 c.c., che regola gli "effetti" della trascrizione (come suona la rubrica del citato art. 2644 c.c.), il concetto di "terzi" è però più ristretto. Difatti per la norma in esame son terzi, rispetto agli atti soggetti a trascrizione, coloro che abbiano a loro volta acquistato diritti sull'immobile oggetto di quegli atti, determinando una situazione di conflitto tra diritti incompatibili, che viene regolato appunto in base al criterio della anteriorità della trascrizione dell'atto acquisitivo*».

³⁶ En este sentido Vid. CIMMINO, N. A. (2012). *La trascrizione immobiliare*. Milano: Giuffrè, p. 5.; y TORRENTE, A., y SCHLESINGER, P (2009). *Manuale di diritto privato...*, op. cit., p. 1427.

³⁷ Vid. CIMMINO, N. A. (2012). *La trascrizione immobiliare...*, op. cit., p. 226; TORRENTE, A., y SCHLESINGER, P. (2009). *Manuale di diritto privato...*, op. cit., p. 1425; y FORTI, P. (2015). Brevi cenni sulla trascrizione degli accordi di accertamento dell'usucapione. *Rivista del Notariato*, fasc.6, p. 1355. No obstante, es importante aclarar que la prioridad de la transcripción es solo cuando los dos adquirentes tienen un mismo vendedor común. En cambio, cuando se trata de subadquirentes (que no adquieren de un mismo vendedor), ya no se mira quien de ellos ha inscrito primero, sino quien de sus causantes (que sí adquirieron de un vendedor común) inscribió primero. Si estos subadquirentes venden, a su vez, a otros adquirentes, estos seguirán mirando a la prioridad de la transcripción de los primeros causantes. Para aclararlo un poco más, exponemos el ejemplo puesto por CIMMINO, N. A. (2012). *La trascrizione immobiliare...*, op. cit., p. 246: A vende el mismo bien a B y sucesivamente a C. A su vez, B vende a D, y C vende a E. Para resolver el conflicto entre D y E, como no tienen un mismo vendedor común, no se atiende a cuál de ellos inscribió primero, sino a cuál de sus causantes lo hizo. Si B transcribió primero, será D quien prevalezca frente a E (incluso aunque éste hubiese transcrito primero), y si, por el contrario, hubiese sido C quien realizó primer la transcripción, será E quien prevalezca frente a D.

³⁸ Como nos dicen TORRENTE, A., y SCHLESINGER, P. (2009). *Manuale di diritto privato...*, op. cit., p. 1426, «*si deve altresì sottolineare che la legge risolve i conflitti tra plurimi acquirenti esclusivamente sulla base dell'attuazione delle formalità pubblicitarie, prescindendo completamente dalla buona fede, che rimane irrilevante in materia di circolazione dei diritti reali immobiliari*». En el mismo sentido apunta CIMMINO, N. A. (2012). *La trascrizione immobiliare...*, op. cit., p. 243.

³⁹ Así lo ponen también de manifiesto CIMMINO, N. A. (2012). *La trascrizione immobiliare...*, op. cit., p. 264 y ss.; o TORRENTE, A., y SCHLESINGER, P. (2009). *Manuale di diritto privato...*, op. cit., p. 1426. Según estos últimos «*l'ordinamento giuridico non lascia del tutto senza difesa il contraente che ha acquistato e si vede sacrificato a vantaggio di un'altra persona per effetto dell'applicazione del principio della trascrizione. Costui può ben rivolgersi contro il*

venditore, che, avendo alienato per due volte lo stesso bene, è responsabile del pregiudizio subito dall'acquirente e, perciò, può essere condannato al risarcimento dei danni. [...] Soltanto nel caso in cui si dimostri che il secondo acquirente era in mala fede nel momento in cui ha compiuto il proprio acquisto, ossia consapevole del fatto que il bene era già stato alienato al primo acquirente e dunque della lesione che stava arrecaando al diritto di quest'ultimo». En este sentido pueden verse también algunos pronunciamientos de la Corte Suprema di Cassazione, tales como la Cass., de 18 de agosto de 1990, n. 8403; 25 de octubre de 2004, n.20721; 11 de abril de 1991, n.3815; y 17 de diciembre de 1991, n. 13573.

⁴⁰ FORTI, P. (2015). Brevi cenni sulla trascrizione degli accordi di accertamento dell'usucapione..., op. cit., p. 1355.

⁴¹ TORRENTE, A., y SCHLESINGER, P. (2009). *Manuale di diritto privato...*, op. cit., p. 1430.

⁴² Como sabemos, en nuestro Derecho, la usucapión abreviada o más corta en el tiempo (usucapión ordinaria), se encuentra regulada en el art. 1957 CC, según el cual, para poder prescribir adquisitivamente de manera abreviada (10 años entre presentes y 20 entre ausentes), además de mantener en el tiempo una posesión apta para usucapir, se necesita buena fe y contar con justo título. En cambio, no se exige que el usucapiente tenga inscrito su derecho en el Registro, permitiéndose, en consecuencia, que esta modalidad de usucapión, como la extraordinaria, pueda producirse también al margen del Registro. No obstante, si el usucapiente, además de contar con justo título y buena fe, tuviese inscrito su derecho en el Registro, seguiríamos lo dispuesto en el art. 35 LH, que regula la denominada usucapión *secundum tabulas*, es decir, aquella que se produce de conformidad con el Registro. Como vemos, en la legislación española, se permite que la usucapión abreviada se produzca al margen del Registro (aplicándose el art. 1957 CC), o de conformidad con él (usucapión *secundum tabulas*), resultando de aplicación el art. 35 LH (con las ventajas que este precepto prevé a favor del usucapiente). En cambio, en el Derecho italiano, la modalidad abreviada, solo se permite cuando ésta se produce de conformidad con el Registro.

⁴³ «A los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito, será justo título la inscripción, y se presumirá que aquél ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa».

⁴⁴ POLA, P. (2011). *L'usucapione...*, op. cit., p. 19: «*A norma dell'art. 1147 c.c. per buona fede si intende l'ignoranza di ledere l'altrui diritto, come ignoranza di acquistare da chi non è proprietario, cioè da soggetto privo della legittimazione a trasferire o costituire il diritto oggetto dell'atto negoziale*». También nuestro art. 1950 CC nos dice que la buena fe, en materia de usucapión, consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella, y podía transmitir su dominio. No obstante, es muy discutido por la doctrina española, si la buena fe, a efectos de usucapión, debe abarcar sólo el contenido del art. 1950 CC [Vid. en este sentido YZQUIERDO TOLSADA, M. (2000). ¿Usucapión de cosa propia? El más difícil todavía del Tribunal Supremo (o la asombrosa sentencia del 17 de julio de 1999). En: *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 2; o MORALES MORENO, A. M. (1971). La inscripción y el justo título de usucapión. En: *Anuario de Derecho Civil*, vol. 24, N.º 4], o si por el contrario debe extenderse también a lo previsto en el art. 433 CC, según el cual, para ser de buena fe, se debe ignorar cualquier vicio del que pueda adolecer nuestro título adquisitivo [Vid. en este sentido ALBALADEJO GARCÍA, M. (2004). *La usucapión*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España; ALAS, L., DE BUEN, D., y RAMOS, E. R. (1916). *De la usucapión*. Madrid: Imprenta Ibérica de E. Maestre]. En nuestra opinión, sólo debe abarcar el contenido del art. 1950 CC, pues, al fin y al cabo, la usucapión

viene a sanar única y exclusivamente los defectos de titularidad del *tradens*, pero no los vicios de los que pueda adolecer el título, siendo, por tanto, irrelevante que el usucapiente tenga o no conocimiento de éstos (vicios del título). Para un mayor estudio de la cuestión Vid. ANDRADES NAVARRO, A. (2023). Usucapion y Registro de la Propiedad. Cizur Menor: Aranzadi, págs. 77 y ss.

⁴⁵ Cass., 16 de octubre de 2018, n.25879; Cass., 20 de julio de 2005, n.15252.

⁴⁶ POLA, P. (2011). *L'usucapione...*, op. cit., p. 79: «*A tal riguardo costituisce principio giurisprudenziale costante quello secondo il quale il notaio, pur fornendo una prestazione di mezzi e non di risultato, è tuttavia tenuto a perseguire il conseguimento dello scopo voluto dalle parti con la diligenza media riferita alla categoria professionale di appartenenza, in virtù della quale, non potendo la sua opera ridursi alla passiva registrazione delle altrui dichiarazioni, è tenuto a compiere anche le adeguate operazioni preparatorie all'atto da rogare; ne consegue che, nei casi di trasferimento immobiliare, tra tali compiti rientra pure quello di procedere, senza la necessità di uno specifico incarico —salvo che, per concorde ed espressa dispensa delle parti, per l'urgenza o per altre particolari ragioni contingenti, non ne sia esonerato— alle cosiddette visure, dirette ad individuare il bene, accertarne la titolarità e la libertà*».

⁴⁷ Como nos dice la Corte Suprema di Cassazione (Cass., 14 de marzo de 2012, n.4063), «*Non può, allora, affermarsi che versi in colpa grave colui il quale, rivoltosi a un notaio per la redazione di un atto traslativo, senza averlo esonerato dal compiere le visure catastali ed ipotecarie, addivenga all'acquisto in considerazione delle garanzie di titolarità del bene e di libertà dello stesso fornite dall'alienante, o apparente tale, e nella ragionevole presunzione che l'ufficiale rogante abbia compiuto le opportune verifiche*». En el mismo sentido pueden verse también Cass., 20 de julio de 2005, n.15252, que nos dice que fuera de los dos supuestos analizados (cuando del examen del título pueda deducirse la ajenidad, o haber exonerado al notario de realizar las averiguaciones oportunas), «*nelle altre ipotesi la pur configurabile imprudenza nell'acquisto, compiuto fidandosi delle assicurazioni della controparte e nel convincimento che il notaio rogante ne abbia verificato la veridicità, senza chiederne tuttavia specifico conto, può integrare solo gli estremi della colpa lieve, inidonea ad escludere la buona fede, ai sensi dell'art. 1147 c.c. e, conseguentemente, non ostativa all'acquisto per usucapione decennale ex art. 1159 c.c. dell'immobile, il cui possesso sia stato acquisito in forza di titolo astrattamente idoneo a trasferirlo e debitamente trascritto*»; y Cass., 22 de abril de 2016, n. 8217.

⁴⁸ PERLINGIERI, G. (2010). Art. 1147. *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, libro terzo— Della proprietà (artt. 810-1172). Napoli: Edizioni Scientifiche italiane, p. 821. «*Tale presunzione non è vinta dall'allegazione del semplice sospetto di una situazione illegittima, essendo necessario dedurre l'esistenza di un dubbio fondato su circostanze serie, concrete e non meramente ipotetiche, la cui prova deve essere fornita da chi intende contrastare la presunzione di buona fede*». En este sentido Vid. Cass. 25 de octubre de 2017, n. 25316;

⁴⁹ «*La presunzione di buona fede nell'acquisto può ritenersi superata anche nel caso in cui il compratore sia stato in grado d'accertare o comunque, dubitare che l'alienante non fosse il proprietario del fondo, mediante opportuna verifica ipocatastale della corrispondenza tra il diritto trasferitogli e quello ricevuto dal suo dante causa*» [Cass., 13 de junio de 1992, n.7278].

⁵⁰ GAMBARO, A., y MORELLO, U. (2008). *Trattato dei diritti reali*, Vol. I. Milano: Giuffrè, p. 896; CENINI, M. (2009). *Gli acquisti a non domino*. Milano: Giuffrè, p. 221; RUPERTO, S. (1992). *L'usucapione...*, op. cit., p. 1076. En relación con la jurisprudencia puede verse Tribunale Siena, 30 de julio de 2014, n. 413, Cass., 21 de mayo de 2003, n.7966, que nos dice que «*la buona fede ai fini del verificarsi dell'usucapione abbreviata va verificata al momento della conclusione del contratto, o in quello successivo dell'immissione nel possesso, e la sua*

*mancaza deve essere provata dalla controparte». En contra Vid. GAZZONI, F. (2021). *Manuale di diritto privato*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2021, p. 294., para el cual la buena fe deberá conservarse hasta el momento de realizar la transcripción: «*Secondo l'opinione dominante la buona fede deve sussistere al momento dell'impossessamento del bene e non al momento in cui si forma il titolo. Sennonché nel caso di immobili (e quindi anche di fondi rustici) [...] si richiede non solo che sussista un titolo astrattamente idoneo, di cui si è detto, ma che esso sia stato trascritto, assolvendo in tal caso la trascrizione ad una funzione costitutiva, onde potrebbe anche pretendersi che la buona fede sussista al momento della trascrizione stessa, se essa è successiva all'impossessamento*».*

⁵¹ Así lo expresan ALBALADEJO GARCÍA, M. (2004). *La usucapión...*, op. cit., p. 85; o DE MARTINO, F. (1984). «Comentario del art. 1159». En: Scialoja-Branca (a cura di), *Commentario del Codice Civile*. Bologna-Roma, p. 70.

⁵² TUR FAÚNDEZ, M. N. (2013). Comentario del art. 1952 CC. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.) *Comentarios al Código Civil*, T. IX. Tirant lo Blanch, 2013, p. 13213. En el mismo sentido Vid. CENINI, M. (2009). *Gli acquisti a non domino...*, op. cit., p. 262 «*“Idoneità a trasferire la proprietà” significa che il negozio deve essere strutturato in modo tale da poter produrre effetti traslativi o più genericamente reali cioè che sia tipologicamente idoneo a modificare l'esistente assetto della attribuzione delle situazioni di appartenenza con riguardo al bene*»; o GAMBARO y MORELLO, *Trattato dei diritti reali*, op. cit., p. 897.

⁵³ En este sentido Vid. GAZZONI, Francesco, *Manuale di diritto privato*, Scientifiche italiane, Napoli, 2006, p. 289; o ALBALADEJO GARCÍA, *La usucapión*, op. cit., pp. 86-87.

⁵⁴ GAMBARO, A. y MORELLO, U. (2008). *Trattato dei diritti reali...*, op. cit., pág. 897.

⁵⁵ CENINI, M. (2009). *Gli acquisti a non domino...*, op. cit., p. 264: «*Deve trattarsi di un negozio che sarebbe valido ed efficace se la parte alienante fosse la vera proprietaria del bene trasferito, per cui questo solo sia il vizio del negozio*».

⁵⁶ En este sentido Vid, por ejemplo, STS de 28 de diciembre de 2006 [RJ 2006, 9609]:

⁵⁷ Así, respecto al título nulo, afirma de manera clara la Corte Suprema de Cassazione que «*ai fini dell'usucapione decennale l'atto nullo non costituisce titolo idoneo al trasferimento della proprietà*». En cambio, en relación con el título anulable, establece que es «*título idoneo al trasferimento della proprietà, al fine dell'usucapione decennale prevista dall'art. 1159 c.c., [...] in quanto operante fino a quando non venga annullato*» [Cass., 8 de junio de 1982, n.3466].

⁵⁸ CENINI, M. (2009). *Gli acquisti a non domino...*, op. cit., p. 222. En un mismo sentido, el TS italiano [Cass., 1 de agosto de 1995, n.8441] nos dice que «*la trascrizione non costituisce un elemento integrante della fattispecie negoziale, ma attua solo un pubblicità (di regola) dichiarativa, per cui essa non ha efficacia sanante dei vizi dell'atto, ma può solo costituire un elemento della fattispecie legale dell'acquisto per usucapione abbreviata, ai sensi degli art. 1159 e 1159 bis c.c.*».

⁵⁹ Nuestra Ley Hipotecaria, en su art. 33, establece de manera clara que «*la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes*».

⁶⁰ ALBALADEJO GARCÍA, M. (2004). *La usucapión...*, op. cit., p. 108.

⁶¹ Pueden verse en este sentido PUIG BRUTAU, J. (1994). *Fundamentos de Derecho civil*, T.III, Vol.1. Barcelona: Bosch, p. 342, y ESPÍN CÁNOVAS, D. (1981). *Manual de Derecho civil español*, T. II. Madrid: Revista de Derecho privado, 1981, p. 172. Según este último «*el código deroga en materia de usucapión la presunción legal a favor del poseedor en concepto de dueño de que posee con justo título*».

⁶² Así lo expresa CENINI, M. (2009). *Gli acquisti a non domino...*, op. cit., pp. 261-262. Del mismo modo, la Corte Suprema de Cassazione [Cass., 14 de febrero de 2006, n. 3177; Cass., 26 de septiembre de 2005, n.18750] nos dice que «*in tema di acquisto per usucapione, l'acquirente [...] deve fornire la prova di avere acquistato con un titolo astrattamente idoneo al trasferimento del diritto oggetto del possesso (ancorché invalido o proveniente a non domino)*».

⁶³ «*Si devono trascrivere le sentenze da cui risulta estinto per prescrizione o acquistato per usucapione ovvero in altro modo non soggetto a trascrizione uno dei diritti indicati dai numeri 1, 2 e 4 dell'articolo 2643*».

⁶⁴ Además, como apunta QUARTA, A. (2020). El rompicapo dell'inequivocabilità: la Corte di Cassazione e la rinuncia all'usucapione. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Vol. 74, fasc.2, pp. 785-795, la usucapición no se exige que sea reconocida por sentencia para que surta efectos, a diferencia de la prescripción extintiva, que sí exige una “*valutazione giudiziale*”. Así, nos dice que «*Il possesso continuato nel tempo è il fatto a cui l'ordinamento ha scelto di ricondurre l'acquisto di un diritto di proprietà: ciò significa che da esso segue automaticamente un effetto giuridico e non occorre, per la sua realizzazione, l'intermediazione di un esercizio di un potere sostanziale. Questo è il meccanismo che il legislatore ha previsto per l'applicazione dell'art. 2938 c.c. proprio perché in questo caso occorre una valutazione giudiziale che consenta di attribuire rilevanza al fatto estintivo della prescrizione, laddove, in materia di usucapione, la produzione di effetti giuridici segue un fatto già determinato dal legislatore. L'oggetto della tutela, dunque, non è un fatto, ma un diritto di cui si chiede un accertamento immutabile*».

⁶⁵ Así lo expresa FORTI, P. (2015). Brevi cenni sulla trascrizione degli accordi di accertamento dell'usucapione..., op. cit., p. 1355: «*Il legislatore prevede la trascrizione della sentenza di usucapione all'art. 2651 c.c., ma tale sentenza (di mero accertamento dell'evento giuridico dell'acquisto, già verificatosi al ricorrere dei presupposti previsti dalla fattispecie legislativa) deve essere trascritta a soli fini di pubblicità notizia. Siamo al di fuori del sistema della pubblicità dichiarativa*». En el mismo sentido GALGANO, F. (1993). *Diritto civile e commerciale...*, cit., pp. 456-457.

⁶⁶ FORTI, P. (2015). Brevi cenni sulla trascrizione degli accordi de accertamento dell'usucapione..., op. cit., p. 1355: «*Il conflitto tra colui che dichiara di aver acquistato un bene a titolo originario e colui che dichiara di essere già titolare del medesimo bene deve essere allora risolto direttamente ed esclusivamente in base alle norme di diritto sostanziale: in base appunto alle norme sull'usucapione*».

⁶⁷ Obviamente, si al tiempo de la adquisición del tercero ya estaba inscrita en el Registro la sentencia judicial que reconoce la usucapición, o la demanda de inicio de este procedimiento, no habría problema alguno. El tercero, al tener esa información en el Registro, sucumbiría claramente frente al usucapiente.

⁶⁸ En este sentido puede verse, por ejemplo, CIMMINO, N. A. (2012). *La trascrizione immobiliare...*, op. cit., p. 296, que nos dice que «*il conflitto tra acquirenti a titolo derivativo e acquirenti per usucapione è sempre risolto a favore dell'usucapione rispetto all'acquisizione posteriore per atto tra vivi, indipendentemente dalla trascrizione della sentenza che accerta l'usucapione e dalla sua anteriorità rispetto alla trascrizione dell'acquisto a titolo derivativo*», o POLA, P. (2011). *L'usucapione...*, op. cit., p. p. 200. También la Corte Suprema de Cassazione nos dice que «*il conflitto tra l'acquirente a titolo derivativo e quello per usucapione è sempre risolto, nel regime ordinario del codice civile, a favore dell'usucapiente, indipendentemente dalla trascrizione della sentenza che accerta la usucapione e dall'anteriorità della trascrizione di essa o della relativa domanda rispetto alla trascrizione dell'acquisto a titolo derivativo,*

perché il principio di continuità delle trascrizioni, dettato dall'art. 2644, c.c., con riferimento agli atti indicati nell'art. 2643 stesso codice, non risolve il conflitto tra acquisto a titolo originario e acquisto a titolo derivativo, ma unicamente quello tra più acquisti a titolo derivativo dal medesimo dante causa» [Cass., 3 de febrero de 2005, n. 2161].

⁶⁹ *«Le domande dirette a rivendicare la proprietà o altri diritti reali di godimento su beni immobili e le domande dirette all'accertamento dei diritti stessi. La sentenza pronunciata contro il convenuto indicato nella trascrizione della domanda ha effetto anche contro coloro che hanno acquistato diritti dal medesimo in base a un atto trascritto dopo la trascrizione della domanda».*

⁷⁰ MALTESE, Domenico, «Conflitto, nel codice e nella legge tavolare, fra diritto acquistato dal titolare iscritto e diritto usucapito contro il titolare iscritto» in *Giurisprudenza italiana*, T. 1, 1973, p. 271: *«In ciò consiste la differenza fra l'art. 2653, n.1, Codice civile e l'art. 5, ultimo comma, legge tav.: il primo contenente una disposizione di diritto processuale, limitativa della efficacia soggettiva della sentenza, senza preclusione di un'autonoma azione contro il terzo».* En este sentido vid. Cass. 8 de julio de 1971, n.2158.

⁷¹ Como pone de Manifiesto el Tribunal de Brescia en sentencia 15 de abril de 2003, *«la sentenza di accertamento dell'usucapione non ha valore costitutivo dell'usucapione ma meramente accertativo, sicché colui che acquista da soggetto che ha subito l'usucapione deve ritenersi acquirente a non domino in buona fede (con tutte le conseguenze ex art. 1158 c.c.) una volta che l'usucapione è stata accertata anche se l'atto di acquisto è avvenuto in periodo antecedente all'accertamento dell'usucapione, ma purché in periodo successivo alla maturazione dell'usucapione».* En este mismo sentido se pronuncia GAZZONI, F. (2021). *Manuale di diritto privato...*, op. cit. p. 298: *«Il conflitto in questi casi si risolverà in base alle regole proprie dell'usucapione, a seconda cioè che essa fosse già maturata contro il dante causa dell'acquirente a titolo derivativo, il quale deviene così un vero e proprio acquirente a non domino, capace solo di iniziare ad usucapire a sua volta (se ha conseguito il possesso) magari mediante usucapione abbreviata, avendo trascritto il titolo d'acquisto».*

⁷² Según se nos dice en este art. 36 LH: *«Frente a titulares inscritos que tengan la condición de terceros con arreglo al artículo treinta y cuatro, sólo prevalecerá la prescripción adquisitiva consumada o la que pueda consumarse dentro del año siguiente a su adquisición, en los dos supuestos siguientes: a) Cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente; b) Siempre que, no habiendo conocido ni podido conocer, según las normas anteriores, tal posesión de hecho al tiempo de la adquisición, el adquirente inscrito la consienta, expresa o tácitamente, durante todo el año siguiente a la adquisición».*

Quando el tercero hipotecario cumple los presupuestos exigidos por el art. 36 LH, resultará preferido frente al usucapiente.

⁷³ MOCCIA, L. (1993). *Figure di usucapione e sistema di pubblicità immobiliare. Sintesi di diritto privato europeo*, Milano: Giuffrè, p. 63.

⁷⁴ FERRI, L. (1951). Doppia alienazione immobiliare e buona fede nel sistema dei libri fondiari. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, pp. 1136-1137.

⁷⁵ FERRI, L. (1951). Doppia alienazione immobiliare e buona fede nel sistema dei libri fondiari..., op. cit., p. 1139: *«Su questo punto la divergenza fra il sistema tavolare e quello della trascrizione è evidente. Sotto il regime della trascrizione è possibile, anzi è normale, che il trasferimento, la costituzione o modificazione del diritto reale, esistano anche prima della trascrizione ed a prescindere da questa. Nel regime tavolare possiamo avere un'iscrizione che*

non corrisponde ad un effettivo trasferimento (costituzione, ecc.) di un diritto reale, ma non possiamo avere, per contro, un trasferimento (costituzione, ecc.) senza la relativa iscrizione».

⁷⁶ FERRI, L. (1951). Doppia alienazione immobiliare e buona fede nel sistema dei libri fondiari..., op. cit., p. 1139: *«Qui non si tratta di opponibilità, ma di inesistenza. È assurdo parlare di opponibilità o inopponibilità di un diritto reale che non è venuto ad esistenza. Fra due acquirenti di uno stesso immobile colui che intavola per primo diventa proprietario in quanto per primo porta al perfezionamento la fattispecie acquisitiva. La precedente alienazione non iscritta non ha determinato alcun trasferimento della proprietà, perciò l'alienante rimane, nonostante l'alienante, titolare dell'immobile. Ora, se egli conserva la titolarità; se egli resta dominus, ciò vuol dire che sarà legittimato a trasferire l'immobile stesso a chiunque stipuli con lui un contratto d'acquisto, debitamente iscrivendolo. La mala fede dell'acquirente, idest la conoscenza della precedente alienazione, non può costituire un fatto impeditivo dell'acquisto, appunto perché questa precedente alienazione si è arrestata allo stadio obbligatorio».*

⁷⁷ Cass., 5 de julio de 2002, n. 9735.

⁷⁸ Puede verse en este sentido la Cass., 6 de julio de 1973, n.1948, en la que se afirma que la sentencia que la reconoce la usucapión, en el sistema tabular, no tiene carácter constitutivo sino declarativo.

⁷⁹ Como nos dicen GABRIELLI, G., y TOMMASEO, F. (1999). Comentario del art. 5. *Comentario della legge tavolare*, Milano: Giuffrè, p. 28. *«Risulta dalla norma in commento che, anche nel sistema tavolare, gli acquistati a titolo originario sono pienamente operanti già prima ed indipendentemente dall'iscrizione nel libro fondiario: l'accertamento del titolo importa, come la stessa formulazione letterale mette in rilievo la dichiarazione che il soggetto ha in precedenza acquistato, sin dal momento, magari molto antecedente, in cui il titolo stesso si è perfezionato».* En un mismo sentido Vid también MOCCIA, L. (1993). *Figure di usucapione e sistema di pubblicità immobiliare. Sintesi di diritto privato europeo...*, op. cit., pp. 64-65.

⁸⁰ En este sentido nos dice GUGLIELMUCCI, L. (1970). Limiti di tutela del titolare di diritti reali immobiliari non iscritti nel libro fondiario. *Giurisprudenza di merito*, T. I, p. 253: *«Nel sistema tavolare, viceversa, anche i diritti acquistati a titolo originario e segnatamente quelli acquistati per usucapione sono assoggettati alla pubblicità immobiliare. La differenza fra la pubblicità dei diritti acquistati per tale via e quella dei diritti acquistati "per atti tra vivi" è data dal carattere dichiarativo, anziché costitutivo, dell'iscrizione nel libro fondiario: mentre, infatti, i diritti reali immobiliari "non si acquistano per atto tra vivi se non con la iscrizione nel libro fondiario" (art. 2 r.d. 28 marzo 1929 n.499), gli acquisti per usucapione operano indipendentemente dalla iscrizione, la quale è però necessaria per l'opponibilità dell'acquisto ai terzi che abbiano a loro volta acquistato dei diritti reali "sulla fede del libro fondiario" anteriormente alla annotazione della domanda giudiziale diretta ad ottenere l'iscrizione (art. 5 comma 3 r.d. cit.)».*

⁸¹ La Corte Suprema di Cassazione ha llegado a afirmar que la usucapión, en el sistema tabular, resultaba ineficaz hasta que no se hubiese inscrito en el Registro, siendo, en consecuencia, irrelevante que el tercero que adquiría confiando en lo publicado por el Registro, tuviera o no conocimiento de ella. En este sentido pueden verse, por ejemplo, las sentencias de 4 de abril de 1970 (Cass., 4 de abril de 1970, n. 917): *«l'acquisto per usucapione non ha effetto se non iscritto in base a sentenza passata in giudicato e salvo sempre l'acquisto da parte di un terzo, anteriormente all'iscrizione, da colui che risulta proprietario tavolare»* "l'asserita fede del proprietario in ordine alla legittimità del suo titolo di acquisto, regolarmente intavolato, è irrilevante in un giudizio di rivendicazione»; de 5 de diciembre de 1966 (Cass. 5 de diciembre de 1966, n. 2831): *«riguardo ai beni soggetti alla legislazione tavolare, l'acquisto per usucapione*

non è efficace finché questa non venga iscritta nei libri fondiari»; y de 19 de junio de 1971 (Cass., 19 de junio de 1971, n.1902): «in materia tavolare non trovano applicazione i principi relativi alla tutela della buona fede; sicché l'efficacia costitutiva delle iscrizioni tavolari assiste non soltanto i terzi che hanno acquistato diritti sulla fede del libro fondiario, ma anche quei terzi che sono in mala fede, nel censo che conoscevano o dovevano conoscere l'esistenza di una situazione giuridica diversa da quella risultante dalle iscrizioni». Por tanto, el tercero adquirente, cuando la usucapión aún no estuviera inscrita en el momento de su adquisición, resultaría siempre preferido, tuviese o no conocimiento de aquella (la usucapión).

⁸² Aquí tenemos, entre otros, a MALTESE, que nos dice que, en su opinión, que el art. 5 de la *Legge Tavolare* emplee la expresión “sulla fede del libro fondiario” no significa que el tercero tenga que ser de buena fe, pues cuando debe concurrir este requisito en el tercero, lo dice así expresamente la ley, como ocurre, por ejemplo, en los arts. 63 y 64. Para este autor, la “*pubblica fede dei registri*” deriva del principio de legalidad, es decir, del control que realiza el órgano público sobre el acto que se va a inscribir, y que hace que lo inscrito en el Registro goce de la presunción de legitimidad, presumiéndose que quien aparece en el Registro es el verdadero titular del derecho, correspondiendo a la otra parte la carga de destruir la misma (la presunción). A esa confianza en lo dispuesto en el Registro, es a lo que se refiere la expresión “sulla fede del libro” empleada por el art. 5, siendo distinta de la buena fe individual, que si es requerida expresamente en otros preceptos de la ley tabular (por ejemplo, en los arts. 63 y 64, como ya hemos apuntado). Así, en palabras literales de este autor «non esiste, invero, un'equivalenza fra la locuzione “acquisto sulla fede del libro fondiario” e “acquisto di buona fede”. La legge tavolare [...] usa queste due diverse espressioni con riferimento a situazioni diverse. Basta prendere in considerazione gli artt. 63 e 64, per rendersi conto che in essi l'espressa menzione della buona fede del terzo differenzia l'ipotesi normativa da quella dell'art. 5. [...] con l'art. 5, ultimo comma, R. D. n. 499, che disciplina un'ipotesi di conflitto fra diritto tavolare e diritto extratavolare, il legislatore, allo scopo di evitare intralci nel traffico immobiliare, ha valorizzato al massimo l'efficacia rappresentativa delle pubbliche tavole e ha contemplato gli opposti interessi delle parti in base al semplice criterio obiettivo dell'osservanza dell'onere di priorità della trascrizione —criterio tutt'altro che iniquo—, senza attribuire rilevanza alcuna alla conoscenza, da parte del terzo, dell'effettiva mancanza di un potere di disposizione dell'alienante» [MALTESE, D. (1973). *Conflitto, nel codice e nella legge tavolare, fra diritto acquistato dal titolare iscritto e diritto usucapito contro il titolare iscritto...*, op. cit., pp. 273-274]; «l'attestazione del giudice tavolare, non contraddetta da iscrizioni di confliggenti diritti extratavolari usucapiti da terzi o da annotazioni delle corrispondenti domande di rivendica o di accertamento, imprime all'atto pubblicato l'anzidetta efficacia, che, sul piano del diritto sostanziale, opera come una presunzione di legittimità dell'atto medesimo, sul piano del diritto processuale come una presunzione probatoria a favore del titolare iscritto, il quale non è tenuto, nell'esperienza della rei vindicatio, a provare di essere proprietario. [...] E poiché l'attestazione del giudice tavolare non può estendersi a vizi del titolo non accertabili in sede di delibazione sommaria né a fatti extratavolari di usucapione, la presunzione, sostanziale e processuale, su cui la pubblica fede è fondata, dovrebbe, in astratto, essere vincibile da una prova contraria. Viceversa, si desume, in concreto, dall'esame del testo di legge che, una volta effettuata dall'avente causa l'iscrizione del proprio titolo, soltanto entro certi limiti —di natura oggettiva e soggettiva— è ammessa l'impugnazione del diritto intavolato dall'acquirente, attraverso la contestazione, mediante prova contraria, della presunzione di legittimità del titolo dell'alienante. [...] Si delinea, pertanto, nel sistema, una distinzione fra pubblica fede dei registri e buona fede individuale: effetto obiettivo, la prima, dell'attestazione del giudice tavolare e dell'assenza di iscrizioni o annotazioni contrarie; requi-

sito soggettivo, la seconda, per l'efficacia dell'acquisto del terzo e limite soggettivo di impugnabilità, nei suoi confronti, delle risultanze dei registri. [...] In ciò consiste la differenza fra l'art. 2653, n.1, codice civile e l'art. 5, ultimo comma, legge tav.: il primo contenente una disposizione di diritto processuale, limitativa della efficacia soggettiva della sentenza, senza preclusione di un'autonoma azione contro il terzo; il secondo contenente (anche) una disposizione di diritto sostanziale, che assicura—nel presupposto di una tempestiva trascrizione del titolo— la salvezza del diritto del terzo, contro il quale non è possibile iniziare utilmente un nuovo giudizio, essendosi verificato a suo favore un acquisto immediato a non domino del diritto già usucapito nei confronti del titolare iscritto» [MALTESE, D. (1974). Usucapione, pubblica fede e buona fede individuale nell'ordinamento tavolare. *Giurisprudenza italiana*, T. 1, pp. 1225-1226]. Pueden verse también en un mismo sentido, BASSI, M. (2013). *Manuale di diritto Tavolare*, Milano: Giuffrè, p. 241; COVIELLO, N. (1924). *Della trascrizione*, Vol. I. Nápoles, 1924, p. 82; BRESCH, M. (1932). *Le nuove leggi sui libri fondiari per la Venezia Giulia e Tridentina*. Padova, 1932, p. 263; SICCHIERO, G. (1994). La fede dal diritto austriaco al sistema del libro fondiario. *Contratto e impresa*, pp. 419 y ss.; y (1996). Ancora sulla buona fede nel diritto tavolare. *Giurisprudenza italiana*, T. I, pp. 515 y ss.

⁸³ Cass., 6 de julio de 2021, n.19054. Según se nos dice en esta sentencia, «*nel sistema tavolare vigente nelle province dei territori già appartenuti al dissolto Impero austro-ungarico, ferma la possibilità di chiedere l'accertamento dell'usucapione nei confronti di coloro contro i quali si è verificato l'acquisto per il decorso del tempo, un diritto reale sorto su un fondo per usucapione non è opponibile al terzo che abbia acquistato il fondo con atto intavolato in buona fede prima dell'iscrizione della sentenza o della domanda di usucapione, quand'anche si tratti di un diritto reale limitato e, quindi, compatibile con il diritto di proprietà*». Pueden verse en el mismo sentido Cass., 6 de mayo de 1961, n. 1054; Cass., 20 de octubre de 1967, n. 2564; Cass., 19 de abril de 1969, n.1261, Cass., 19 de enero de 1971, n. 106; Cass., 6 julio 1973, n.1948; Cass., 8 noviembre 1973, n.2939; Cass., 25 mayo 1983, n.3605; y Cass., 17 abril 1993, n.4564. En todas ellas se viene a decir que, en el sistema tabular, si el usucapiente no inscribe la sentencia “di accertamento” «*corre il rischio di non poter più iscrivere il proprio diritto quando un terzo di buona fede, ignaro, cioè, dell'avvenuta usucapione, acquisti dall'apparente titolare dell'immobile e trascriva il suo diritto*».

⁸⁴ Así lo apunta la Corte Suprema di Cassazione, entre otras, en la sentencia de 20 de septiembre de 2012 [Cass. 20 de septiembre de 2012, n.15843] estableciendo que «*nei territori in cui vige il sistema tavolare [...]l'acquisto effettuato in base a dette risultanze si presume avvenuto in buona fede, ed è onere del terzo che sostiene di aver acquistato il bene per usucapione provare che colui che ha acquistato dal titolare del bene in base al libro fondiario era in malafede, essendo stato a conoscenza della sussistenza dell'usucapione maturata ma non giudizialmente dichiarata ed iscritta, o essendo stato in grado di apprenderlo facendo uso dell'ordinaria diligenza*». Vid en el mismo sentido Cass. 5 de julio de 1992, n. 9735; Cass., 22 de julio de 1993, n. 8197; Cass., 10 de octubre de 1997, n. 9856; Cass., 6 de diciembre de 1997, n. 12428; Cass., 26 de noviembre de 1999, n. 13198; Cass., 21 de marzo de 2011, n. 6393; y Cass., 5 de diciembre de 2017, n. 29089.

⁸⁵ Como apuntan GABRIELLI, G., y TOMMASEO, F. (1999). Comentario del art. 5..., op. cit., p. 32.: «*non divisibile è, invece, la critica all'orientamento giurisprudenziale, quando essa si spinge al punto di negare la rilevanza preclusiva della stessa mala fede —provata, naturalmente, anche per la via delle presunzioni, e quindi di dati extratabulari, purché se ne dimostri, oltre che la concludentza, anche l'effettiva conoscenza— in capo all'avente causa dal titolare ancora iscritto, ma che abbia sofferto l'altrui usucapione: il limite della mala fede discende*

invero dai principi generali dell'ordinamento, i quali contrastano la possibilità di fondare un acquisto sull'apparenza di legittimazione del dante causa, quando l'acquirente conosce la falsità di tale pur obiettiva apparenza». Defensores también de la necesidad de ser de buena fe el tercero adquirente del art. 5 de la Ley Tabular son FERRI, L. (1951). Doppia alienazione immobiliare e buona fede nel sistema dei libri fondiari..., op. cit., p. 1140; SACCO, R. (1950). Priorità dell'iscrizione tavolare e buona fede. Ignoranza di norma e buona fede. *Giurisprudenza completa della Corte suprema di cassazione. Sezioni civili*, III, pp. 292 y ss.; MENGONI, L. (1972). Problemi di diritto tavolare nel quadro dell'ordinamento italiano. *Atti del convegno di studio sui problemi del libro fondiario* (Trento, ottobre 1971), Trento; y GUGLIELMUCCI, L. (1970). Limiti di tutela del titolare di diritti reali immobiliari non iscritti nel libro fondiario..., op. cit., pp. 252 y ss.

⁸⁶ Esta misma discusión ha sido también mantenida en nuestro Derecho. Así, encontramos autores que defienden que, al tercero hipotecario, para quedar protegido frente a la usucapión, le basta con haber consultado el Registro, no pudiéndosele exigir ningún tipo de averiguación adicional [ROCA SASTRE, R. M.^a, ROCA SASTRE MUNCUNILL, L., y BERNÀ I XIRGO, J. (2008). *Derecho Hipotecario*, Vol. 2.º, T. II. Barcelona: Bosch, pp. 453 y ss.; y GARCÍA GARCÍA, J. M. (1999). Comentario del art.36. En: M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart (directores), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, T.VII, Vol. 4.º Edersa, pp. 645 y ss.], y aquellos otros que defienden que para que el tercero pueda ser catalogado de buena fe, no debe limitarse a la consulta del Registro, sino que debe haberse preocupado de inspeccionar el estado posesorio del inmueble que pretende adquirir [VALLET DE GOYTISOLO, J. B. (1947). La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública. *Revista de Derecho Privado*, T. XXXI, pp. 946 y ss.; BENAYAS SÁNCHEZ CABEZUDO, J. J. (1946). La usucapión y el Registro de la propiedad en el derecho español. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T.3, p. 491; MURGA FERNÁNDEZ, J. P. (2014). La configuración de la buena fe del tercero hipotecario. Breves notas en defensa de su concepción “ética”. En: J. P. Murga Fernández y S. Tomás Tomás (coords.), *Cuestiones actuales de Derecho patrimonial desde una perspectiva italo-española*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 103 y ss.; CUENA CASAS, M. (2005-2007). Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007. Doble venta y venta de cosa ajena. Alcance del art. 1.473 del Código Civil. *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, Vol. I, pp. 493 y ss.; y DE REINA TARTIÈRE, G. (2014). El valor de la inscripción en el Registro de la Propiedad inmueble español. *Actualidad Civil*, n.º 5, Sección A Fondo, mayo, T. 1. Wolters Kluwer, p. 514 (LA LEY 2227/2014)]. En nuestra opinión, las expresiones utilizadas por el art. 36 LH, no conocer ni tener medios racionales o motivos suficientes para conocer, no dejan lugar a dudas de que se le exige una buena fe ética, que no se agota necesariamente con la consulta del Registro, debiendo prestarse atención a las realidades manifiestas ajenas al Registro, como es la posesión en concepto de dueño ejercida por una persona distinta al titular registral.

⁸⁷ GUGLIELMUCCI, L. (1970). Limiti di tutela del titolare di diritti reali immobiliari non iscritti nel libro fondiario..., op. cit., p. 255: «non si può pretendere dal terzo che egli indaghi sull'esattezza dello stato tavolare, non è corretto considerare la colpa alla stregua di elemento impeditivo dell'acquisto».

⁸⁸ MENGONI, L. (2018). *Scritti di diritto tavolare*, a cura di Andrea Nicolussi. Nápoles: Jovene editore, p. 48: «Nel sistema tavolare il concetto di affidamento si risolve in quello di pubblica fede, esprime l'effetto caratteristico dell'attribuzione della pubblica fede, consistente nell'esonero dei terzi dall'accertamento della realtà giuridica dichiarata». Para este autor «Il terzo acquirente, che chiude gli occhi di fronte a circostanze di fatto che parlano manifestamente contro lo stato tavolare, non tanto è negligente o malaccorto, quanto vuole essere igno-

rante perché teme la verità. E l'ignoranza voluta di chi acquista anche a costo di ledere l'altrui diritto integra quello che i penalisti chiamano dolo eventuale (o condizionato), sufficiente per costituire l'acquirente in mala fede» (Scritti di diritto tavolare..., cit., p. 56). Es decir, para este autor, el que adquiere cerrando los ojos frente a circunstancias de hecho evidentes, no es que sea negligente, sino que podría ser catalogado directamente de mala fe.

⁸⁹ Como pone de manifiesto la propia Corte Suprema di Cassazione, «è nozione generalmente accettata che, mentre nel sistema germanico, pur non essendo in esso adottato il più rigoroso dei possibili principi (che è quello definito dell'efficacia letterale o formale dell'iscrizione), il libro ha una reale forza probatoria nei confronti dei terzi, in quello austriaco questa funzione è molto attenuata, dando luogo soltanto ad una presunzione semplice» [Cass., 6 de julio de 1973, n.1948].

⁹⁰ Cass., 23 de mayo de 1995, n. 3370.

⁹¹ Cass., 6 de diciembre de 1997, n. 12428. También puede verse en este sentido, la anteriormente citada Cass. 20 de septiembre de 2012, n.15843, que declara que será de mala fe no sólo aquel que conoce la usucapición consumada, sino también aquel que, no conociéndola, pudiera haberlo hecho haciendo uso de la ordinaria diligencia: «è onere del terzo che sostiene di aver acquistato il bene per usucapione provare che colui che ha acquistato dal titolare del bene in base al libro fondiario era in malafede, essendo stato a conoscenza della sussistenza dell'usucapione maturata ma non giudizialmente dichiarata ed iscritta, o essendo stato in grado di apprenderlo facendo uso dell'ordinaria diligenza». Misma línea, aunque un poco más antigua en el tiempo, sigue la Cass., 5 de diciembre de 1966, n. 2831.

⁹² Emplea aquí el TS italiano unas expresiones muy similares a las utilizadas por nuestro art. 36 LH cuando habla de que el tercero hipotecario para poder prevalecer frente a la usucapición no habrá debido conocerla ni haber tenido medios racionales y motivos suficientes para poder hacerlo, lo cual significa claramente que el legislador español exige al tercero hipotecario una buena fe basada en el error excusable. Y difícilmente (salvo que del concreto supuesto pueda deducirse otra cosa) puede calificarse de diligente, la adquisición del tercero que, amparándose en lo publicado por el Registro, prescinde de un dato tan importante como es la realidad posesoria del inmueble que se va a adquirir (más en un sistema en el que, como el tabular, el Registro no es certeza absoluta de la realidad jurídica del inmueble y que puede estar equivocado).

⁹³ En nuestro Derecho, el art. 36 LH parece darle el mismo tratamiento a la prescripción adquisitiva consumada y a la *cuasi* consumada (aquella a la, desde la adquisición del tercero hipotecario, le queda menos de un año para consumarse). Es decir, las asimila. Así puede verse claramente del tenor literal del art. 36 LH: «Frente a titulares inscritos que tengan la condición de terceros con arreglo al artículo 34, sólo prevalecerá la prescripción adquisitiva consumada o la que pueda consumarse dentro del año siguiente a su adquisición...». No obstante, en nuestra opinión, no creemos que el legislador español al abordar este precepto tuviera la intención de realizar una plena equiparación entre usucapición *cuasi* consumada y consumada. Baste pensar que cuando la usucapición todavía no está consumada, el tercero adquiere de quien todavía es verdadero titular. De ahí que no parezca tener sentido realizar tal equiparación. A nuestro modesto entender, está pensando directamente en aquellos adquirentes que, de buena fe (es decir, desconocedores de la posesión de hecho y en concepto de dueño del usucapiente), y debido al menor margen de que disponían para actuar, no han conseguido interrumpir la usucapición antes de su consumación, y han accedido al Registro. Es decir, está partiendo del supuesto de hecho de que el adquirente no va a interrumpir la usucapición antes de su consumación, y el

art. 36 LH lo que hace es concederle un plazo adicional de un año para poder oponerse a la posesión *ad usucapionem*.

⁹⁴ Como apuntan GABRIELLI, G., y TOMMASEO, F. (1999). Comentario del art. 5..., cit., p. 34, «*può sembrare a prima vista singolare che il terzo acquirente sulla fede del libro fondiario prevalga senz'altro su chi già ha usucapito, mentre è soggetto a perdere il diritto acquistato di fronte a chi ancora sta usucapendo (specie se, per fare un caso al limite, l'usucapione matura un giorno dopo l'acquisto derivativo); ma, in realtà, il fenomeno bene si giustifica, considerando che è in facoltà del terzo acquirente, se l'usucapione non si è ancora compiuta, di porre in essere un atto interruttivo (magari nell'ultimo giorno utile), laddove sarebbe ingiusto fargli carico dell'inerzia del predecessore tavolare nei casi in cui l'usucapione sia già maturata*». En un mismo sentido Vid. GABRIELLI, G. (1974). Lineamenti di una comparazione fra il sistema della trascrizione e l'ordinamento tavolare. *Atti del Convegno di studio sui problemi del Libro Fondiario*. Trieste, p. 55 y ss.

*Trabajo recibido el 19 de noviembre de 2024 y aceptado
para su publicación el 16 de enero de 2025*

**RESOLUCIONES
DE LA DIRECCIÓN GENERAL**

RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA

Coordinado por Juan José Jurado Jurado

Registro de la Propiedad

Por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 12-11-2024
BOE 5-12-2024
Registro de la Propiedad de Antequera.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD SEGÚN LEGISLACIÓN COVID.

En el caso de este expediente, resulta que tomada la prórroga de la anotación el día 30 de abril de 2020 (durante la vigencia del estado de alarma), su caducidad se produciría el 10 de junio de 2024.

La disposición adicional cuarta del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, alude a los plazos de caducidad y prescripción de derechos y acciones, mientras que el artículo 42 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, se refiere expresamente a la suspensión del plazo de caducidad de las anotaciones preventivas. Este último precepto es el que debe ser aplicado al caso concreto de ese expediente cuya problemática radica precisamente en el cómputo de los plazos de una anotación preventiva y no en el ejercicio de un derecho como erróneamente considera la parte recurrente. La disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, dispuso: «Con efectos desde el 10 de junio de 2020, se alza la suspensión de los plazos de caducidad de los asientos registrales susceptibles de cancelación por el transcurso del tiempo, reanudándose su cómputo en esa misma fecha». Y en coherencia con ello derogó el artículo 42 del Real Decreto ley 8/2020, de 17 de marzo.

Esta Dirección General en Resolución de 11 de junio de 2020, de consulta del Colegio de Registradores, acordó lo siguiente: «Primero. El cómputo de los plazos de caducidad de los asientos registrales ha estado suspendido desde el día 14 de marzo en que entró en vigor el estado de alarma, hasta el día 9 de junio, ambos

inclusive, pues el levantamiento de la suspensión ha tenido lugar el día 10 de junio de 2020. Segundo. A partir del día 11 de junio de 2020, fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, se procederá de la siguiente forma: 1. Se reanudará el cómputo de los plazos de los asientos de presentación vigentes al inicio del estado de alarma, hasta el máximo de 60 días hábiles de su vigencia conforme al artículo 17 de la ley hipotecaria. A estos efectos el día 10 de junio de 2020 se considerará como el primero del levantamiento de la suspensión. 2. Los asientos de presentación practicados durante el estado de alarma, inician el cómputo de su vigencia el día 10 de junio de 2020. 3. El plazo de vigencia (ordinariamente cuatro años desde su fecha, según el artículo 86 de la ley hipotecaria) de las anotaciones preventivas, se computarán de fecha a fecha y habrá que sumar además los 88 días en que ha estado suspendido el cómputo de los plazos registrales».

Aplicando el conjunto normativo examinado al caso de este expediente, resulta que tomada la prórroga de la anotación el día 30 de abril de 2020 (durante la vigencia del estado de alarma), su caducidad se produciría el 10 de junio de 2024 y habiéndose presentado el mandamiento de prórroga el 5 de julio de 2024 fue correcta la actuación del registrador de no practicar dicha prórroga y cancelar el embargo por caducidad.

Resolución de 12-11-2024

BOE 5-12-2024

Registro de la Propiedad Palma de Mallorca, número 3.

CONDICIÓN RESOLUTORIA: CANCELACIÓN PR CADUCIDAD.

Para que por medio de instancia privada sea posible cancelar una condición resolutoria es necesario que se cumplan los requisitos y plazos derivados de lo establecido en el art. 82.5 de la LH, sin confundir este procedimiento con el que corresponde en caso de pago de la deuda asegurada.

Esta Dirección General también ha tenido ocasión de afirmar en numerosas ocasiones, como por ejemplo en la Resolución de 27 de junio de 2012 (que recuerda, a su vez, la de 23 de enero de 2008), que el plazo de prescripción de la acción derivada de la condición resolutoria explícita en la compraventa de bienes inmuebles, siempre en el ámbito del Derecho común no foral (véanse los artículos 1504 del Código Civil, 11 y 82.5.º de la Ley Hipotecaria y 59 del Reglamento Hipotecario), debe entenderse que es de quince años, hoy cinco (1964 del Código Civil), siempre y cuando no se haya pactado un plazo diferente, es decir, se haya establecido uno convencional, pero, como alega el registrador en la calificación negativa, aun cuando se hubiere establecido un plazo convencional, debe transcurrir un año de plazo adicional sin que conste en el Registro ningún hecho o acto del que resulte que tales garantías han sido renovadas o ejecutadas, o interrumpida la prescripción de las acciones derivadas de las mismas.

Es indudable (y en ello coinciden recurrente y registrador), que no hay ningún obstáculo en la utilización de la instancia privada como herramienta para solicitar y obtener la cancelación. Pero no puede esgrimirse la cancelación por caducidad justificando el pago, de tal forma que documento principal y los que se

acompañan al mismo se referan a distinta causa, resultando, además, que el que acredita el pago, y con el que se pretendió inicialmente la cancelación, fue en su momento calificado negativamente. Ni menos aún sostener —y pretender ahora— la cancelación por caducidad, cuando al tiempo de presentarse la instancia en el Registro solicitando la cancelación (objeto de este recurso al ser denegada en la calificación), no ha transcurrido el plazo establecido al efecto por la legislación hipotecaria (un año contar desde el 30 de diciembre de 2023).

Resolución de 12-11-2024

BOE 5-12-2024

Registro de la Propiedad de Pozuelo de Alarcón, número 1.

PARCELACIÓN DE FINCAS: APLICACIÓN DEL ART. 28.4 LS A LAS REALIZADAS EN RESOLUCIÓN JUDICIAL.

En el presente expediente, el interesado pretende la inscripción de las fincas independientes cuya propiedad es reconocida judicialmente y se basa en diversos documentos. Sin embargo, de tales documentos no resulta un pronunciamiento explícito del órgano con competencia urbanística que implique un reconocimiento del carácter consolidado e independiente de la parcela.

El hecho de que sea el acto de calificación lo que constituye el objeto del recurso tiene importantes consecuencias, entre ellas que, por imperativo legal, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador.

El apartado segundo del artículo 26 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, norma de carácter básico, determina con carácter general y sin excepción, que «la división o segregación de una finca para dar lugar a dos o más diferentes sólo es posible si cada una de las resultantes reúne las características exigidas por la legislación aplicable y la ordenación territorial y urbanística (...); en igual sentido, el artículo 143 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid. Esta actuación registral será independiente del tipo de documento público en que se formalice el acto de parcelación, notarial, judicial, o administrativo, por cuanto es necesario que el registrador compruebe el contenido de la licencia, y sus eventuales condicionamientos urbanísticos, derivados de la norma de planeamiento, deberán constar también en el asiento, como parte del contenido de la publicidad registral. La referencia a escritura pública que realiza tanto la ley estatal como la autonómica lo es a los solos efectos de imponer tal control también a los notarios.

No puede desconocerse la propia naturaleza del proceso civil, dirigido a resolver controversias entre particulares y, por ello, de marcado carácter rogado. Ello permite justificar que, al margen de la cuestión resuelta en el proceso civil, la sujeción o no del acto documentado a licencia administrativa, como prevé la legislación urbanística de aplicación, y su procedencia, en su caso, deben ventilarse en la instancia administrativa, sujeta a revisión, en su caso, por el orden judicial contencioso administrativo. De igual modo que la decisión administrativa no puede afectar a cuestiones de propiedad y derechos de terceros. La propia jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido

la separación de esferas civil y administrativa, sin perjuicio de la aplicación en determinados supuestos del principio de legalidad y unidad del ordenamiento, admitiendo que la decisión del Tribunal del orden civil puede quedar supeditada en su efectividad a la intervención administrativa en forma de autorización o licencia —cfr. la sentencia número 4/2013, de 11 enero, de la Audiencia Provincial de A Coruña—, dado el interés público subyacente en la ordenación que se trata de tutelar —artículo 4 de 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—.

Esta Dirección General en su Resolución de 17 de octubre de 2014 reconoció la analogía en la admisión de la vía de la prescripción acreditada para inscribir no sólo edificaciones, sino también divisiones o segregaciones antiguas, aplicable también en cuanto a las cautelas y actuaciones que de oficio ha de tomar el registrador, con carácter previo y posterior a la práctica del asiento. Pero la aplicación analógica del artículo 28.4 de la Ley de Suelo a los actos de división o segregación debe ser matizada diferenciando entre los actos relativos a edificaciones o elementos integrantes de edificaciones y los actos afectantes al suelo, la parcelación propiamente dicha. Son estos últimos a los que se refiere la doctrina de la Resolución de 17 de octubre de 2014, seguida por las de 5 y 26 de mayo de 2015 y la más reciente de 19 de febrero de 2018, en el sentido de que para inscribir división o segregación de fincas es preciso acreditar a los efectos del artículo 26 de la Ley estatal de Suelo —norma registral temporalmente aplicable— la oportuna licencia o declaración de innecesariedad o, para el supuesto de parcelaciones de antigüedad acreditada fehacientemente, podrá estimarse suficiente, como título administrativo habilitante de la inscripción, la declaración administrativa municipal del transcurso de los plazos de restablecimiento de legalidad o su situación de fuera de ordenación o similar; conforme a la respectiva normativa de aplicación, por lo que así debe entenderse la aplicación analógica matizada del artículo 28.4 de la Ley de Suelo.

En el presente expediente, el interesado invoca la doctrina de este Centro Directivo para pretender la inscripción de las fincas independientes cuya propiedad es reconocida judicialmente y se basa en diversos documentos como un informe municipal sobre inexistencia de expedientes de disciplina, una antigua cédula de habitabilidad, una antigua certificación catastral o el alta en acometidas. Sin embargo, de tales documentos no resulta un pronunciamiento explícito del órgano con competencia urbanística que implique un reconocimiento del carácter consolidado e independiente de la parcela pues, como señala el registrador, los mismos se refieren a la edificación.

Resolución de 13-11-2024

BOE 5-12-2024

Registro de la Propiedad de Eivissa, número 4.

RECURSO GUBERNATIVO: REQUISITOS.

El artículo 326 de la Ley Hipotecaria, al enumerar los requisitos que, al menos, ha de cumplir el escrito de interposición del recurso, exige que se expresen los hechos y fundamentos de Derecho —párrafo tercero, apartado c)—; y el artículo 115.1.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo

Común de las Administraciones Públicas, exige expresar: «El acto que se recurre y la razón de su impugnación».

Conviene recordar que, en estos últimos tiempos, este Centro Directivo se ha ocupado, en absoluto de manera ocasional y aislada, de la problemática de las opciones de compra en relación con la prohibición del pacto comisorio, confirmando calificaciones que denegaban su acceso al Registro, en tanto que tales operaciones presentaban evidencias de constituir supuestos de financiación, garantizados con una opción de compra que podría devenir en mecanismo de adquisición del bien objeto de aquella, al margen de las garantías de todo proceso de ejecución. Ahora bien, del mismo modo hay que poner de relieve que, en el caso que motiva este recurso, hay que partir de la existencia de una opción de compra que ha accedido a los libros registrales en virtud de un asiento —de inscripción— que queda bajo la salvaguardia de los tribunales (cfr. artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria), en tanto que —obvio resulta decirlo— practicada bajo la responsabilidad del registrador, ejerciendo su independencia en la función calificadora. Por ello, su modificación o cancelación sólo podrá realizarse mediante el consentimiento de los titulares registrales que se encuentren legítimamente acreditados, o bien mediante una resolución judicial recaída en juicio declarativo contra los mismos.

Ni respecto de esta parte (casi la totalidad) de la cláusula tercera cuya inscripción se deniega, ni respecto del resto de los apartados de la escritura cuyo acceso al Registro también denegados, aduce el recurso argumento o fundamento alguno para combatirlos. Tan solo vagas explicaciones (expresión que emplea la propia recurrente) que no pueden entenderse como argumentación contra de la denegación de inscripción de parte sustancial de una cláusula (repetimos, teóricamente la tercera del otorgan de la escritura, cuya heterogeneidad, en cuanto a los teóricos los escenarios que pretende contemplar salta enseguida a la vista, y de lo demás denegado nada se dice).

Dicho lo cual, el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, al enumerar los requisitos que, al menos, ha de cumplir el escrito de interposición del recurso, exige que se expresen los hechos y fundamentos de Derecho —párrafo tercero, apartado c)—; y el artículo 115.1.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, exige expresar: «El acto que se recurre y la razón de su impugnación». En el caso que ahora nos ocupa, en el escrito de recurso no se indican, siquiera remotamente, los defectos que la nota indica respecto de los extremos de la escritura cuyo acceso tabular se ha denegado (cfr. Resolución de 26 de mayo de 2000 de este Centro Directivo), que en el caso de la cláusula tercera de la escritura comprende casi la totalidad de la misma.

Resolución de 13-11-2024

BOE 5-12-2024

Registro de la Propiedad de Salas de los Infantes.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: TRANSACCIÓN HOMOLOGADA.

Pese a considerar válido el pacto de dación en pago en base al artículo 1872 del Código Civil, su ejercicio no podía implicar la cancelación de asientos posteriores por impedirlo el artículo 82 de la Ley Hipotecaria.

Es doctrina centenaria de este Centro Directivo (vid. Resoluciones de 27 de febrero de 1912 y 12 de noviembre de 1913), reiterada más recientemente (vid., por todas, Resolución de 21 de septiembre de 2018), que ante la falta de regulación legal, y pese a considerar válido el pacto de dación en pago en base al artículo 1872 del Código Civil, su ejercicio no podía implicar la cancelación de asientos posteriores por impedirlo el artículo 82 de la Ley Hipotecaria. En este sentido, es importante subrayar que la salvaguardia de la posición jurídica de los terceros afectados por la eventual purga se consigue no sólo con la oportuna notificación de la existencia del procedimiento (que aquí no se discute), sino también reconociéndoles expresamente la posibilidad de ejercitar, si lo estiman conveniente, los derechos de intervenir en la subasta o satisfacer antes del remate el importe del crédito y de los intereses y gastos en la parte asegurada por la hipoteca, derechos que el ordenamiento les reconoce explícitamente, tanto en el citado caso de la venta notarial (vid. artículo 236-d.1 del Reglamento Hipotecario, precepto reglamentario al que se remite el artículo 129.2.e) de la Ley Hipotecaria, en su redacción dada por la Ley 1/2013, de 24 de marzo), como en el caso de la ejecución judicial (cfr. artículo 659 y 689.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), lo que no ha ocurrido en el supuesto objeto de este expediente en que se ha llegado por vía de transacción judicial a una dación en pago, pues dichos trámites y especialmente la subasta no tuvieron lugar dentro del procedimiento de ejecución hipotecaria iniciado al concluir prematuramente, antes de la licitación, en virtud de la transacción homologada, y en aplicación del artículo 19 de la Ley procesal civil.

Resolución de 13-11-2024

BOE 5-12-2024

Registro de la Propiedad de Montefrío.

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: REQUISITOS.

No puede quedar acreditada la antigüedad de la obra por medio de un certificado administrativo en el que se aprecian discrepancias descriptivas con lo recogido en la escritura.

Respecto del primer defecto, consta incorporada a la escritura la notificación al interesado del acuerdo adoptado por unanimidad de los miembros presentes de la Junta de Gobierno Local, por la que se declara, entre otras cosas, que ha transcurrido el plazo de seis años previstos en la legislación de protección de la legalidad urbanística y restablecimiento del orden jurídico perturbado; así como, reconocer la situación de asimilado a fuera de ordenación de la edificación.

Respecto del segundo defecto, es cierto que coincide el número de referencia catastral de la finca que consta en el cuerpo de la escritura y el que resulta de la certificación administrativa. Sin embargo, también es cierto que en la escritura la finca se describe como «solar sito en la calle (...), sin número, de esta villa de Íllora (...)», mientras que el acuerdo municipal incorporado a la escritura, describe la finca como edificación en la calle (...) Íllora.

Resolución de 13-11-2024
BOE 5-12-2024
Registro de Navahermosa.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

El registrador no fundamenta el motivo por el que las alegaciones tienen la entidad suficiente para llevarle a dudar de la identidad de la finca, máxime cuando se alega un título no inscrito en el Registro, que no puede proteger, salvo el caso del dominio público, a quien no invoca su protección.

Efectuada una calificación negativa frente a la que se interpone recurso, como ha declarado reiteradamente esta Dirección General, en multitud de Resoluciones y, recientemente, en las de 29 de noviembre de 2023 y 22 de marzo de 2024, el objeto del recurso es determinar, exclusivamente, si la calificación registral negativa recurrida es o no ajustada a Derecho. El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio.

No es defecto para inscripción de la representación gráfica del predio sirviente que no conste representada tal servidumbre, dado que ésta es un gravamen de la finca, de manera que la superficie correspondiente al terreno de la servidumbre estará comprendida en la representación gráfica de dicho predio sirviente. Lo relevante en tales casos será que la servidumbre conste debidamente constituida e inscrita, a efectos de que queden preservados los derechos del titular del predio dominante, conforme al artículo 13 de la Ley Hipotecaria.

En el presente caso, las dudas del registrador se limitan a poner de manifiesto, recogiendo las alegaciones de un colindante, que consta en el expediente oposición del mismo, manifestando la pretendida existencia de una servidumbre de paso inmemorial. Sin embargo, no fundamenta el motivo por el que las alegaciones tienen la entidad suficiente para llevarle a dudar de la identidad de la finca, máxime cuando se alega un título no inscrito en el Registro, que no puede proteger, salvo el caso del dominio público, a quien no invoca su protección.

Resolución de 18-11-2024
BOE 18-12-2024
Registro de la Propiedad de Albocàsser-Morella.

SOCIEDADES CIVILES: NO ESTÁN SUJETAS A INSCRIPCIÓN OBLIGATORIA EN EL REGISTRO MERCANTIL.

En nuestro sistema no se supedita a la inscripción en registro alguno el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades civiles, por lo que no

existe obstáculo para inscribir la adquisición de bienes a nombre de estas en el Registro de la Propiedad.

Todo contrato por el que se constituye una sociedad cuyo objeto sea la realización de actividades empresariales tiene naturaleza mercantil, como resulta de los artículos 2, 116, 117 y 124 del Código de Comercio y del mismo artículo 1670 del Código Civil y, por tanto, la sociedad quedará sujeta, en primer lugar, a las disposiciones contenidas en el Código de Comercio, de acuerdo con sus artículos 2 y 50 y con lo establecido en los artículos 35 y 36 del Código Civil, sin que para eludir la aplicación de las reglas mercantiles de las sociedades sea suficiente la expresa voluntad de los socios de acogerse al régimen de la sociedad civil.

Discernir la naturaleza del objeto social no siempre es fácil, toda vez que, si bien la mayoría de las actividades que pueden integrar dicho objeto son claramente adscribibles a una u otra categoría societaria, civil o mercantil, existe una zona fronteriza común, menos nítida, donde el deslinde se hace más difícil. Tampoco de lo anterior puede deducirse que todo objeto social que se refiera a la ejecución de una actividad económica, susceptible de reportar una ganancia, haya de ser necesariamente mercantil. En la jurisprudencia se impone la tesis que distingue entre las sociedades civiles y las mercantiles atendiendo al criterio de la materia, de modo que serán mercantiles las sociedades constituidas para la realización de actos de comercio y civiles cuando no concurre tal circunstancia (vid. Sentencia del Tribunal Supremo 1177/2006, de 20 de noviembre de 2006). En todo caso, para calificar una sociedad como mercantil no es suficiente el hecho de que tenga por objeto un actividad que, según los criterios antes expresados, pueda calificarse de tal modo, sino que es necesario que no se trate de una de las actividades propias de sectores excluidos del ámbito mercantil; y, precisamente, según «communis opinio», tanto la actividad agrícola como la ganadera se consideran ajenas al ámbito mercantil (cfr. artículos 325 y 326.2.º del Código de Comercio; con la consecuencia de que, entre los contribuyentes del Impuesto sobre Sociedades «quedan excluidas las sociedades civiles que no tengan objeto mercantil» —artículo 7.1, letra a), de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre—) aunque pudiera ocurrir que tuviera carácter mercantil si concurrieran para ello los criterios anteriormente expuestos.

Descartado que, en el presente caso, la sociedad compradora tenga objeto mercantil, debe recordarse que, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo (vid., por todas, las Sentencias de 14 de julio de 2006 y 7 de marzo de 2012 —Sala Primera—, y 24 de febrero de 2000 y 28 de mayo de 2013 —Sala Tercera—) y la doctrina de este Centro Directivo (vid. Resoluciones de 14 de febrero de 2001 —en un caso de sociedad civil cuyo objeto social era la actividad agrícola y ganadera—, 14 de julio de 2020 y 29 de septiembre de 2022), en nuestro sistema no se supedita a la inscripción en registro alguno el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades civiles, por lo que no existe obstáculo para inscribir la adquisición de bienes a nombre de estas en el Registro de la Propiedad. Esta doctrina no ha quedado desvirtuada por la disposición adicional octava de la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas. Y es que esta inscripción no es obligatoria sino potestativa.

Resolución de 19-11-2024

BOE 18-12-2024

Registro de la Propiedad de Granada, número 3.

HERENCIA: PARTICIÓN Y ENTREGA DE LEGADOS.

El hecho de que uno de los herederos acepte la herencia, siquiera sea ex artículo 1005 del Código Civil, no significa que haya prestado su consentimiento para la partición y adjudicación de aquella realizada por los otros herederos de forma unilateral y sin contar con los interpelados. El legatario no puede ocupar por sí la cosa legada, debiendo exigir tal entrega al albacea facultado para la misma o a los herederos.

Como afirma el registrador, teniendo la finca inventariada carácter ganancial, la liquidación de la sociedad conyugal exige el consentimiento de los herederos de ambos esposos, sin que baste a tales efectos el consentimiento prestado solo por los herederos del marido, y, por otra parte, no pueden los legatarios adjudicarse la mitad indivisa que es objeto de legado sin intervención de los herederos de la causante. El hecho de que uno de los herederos acepte la herencia, siquiera sea ex artículo 1005 del Código Civil, no significa que haya prestado su consentimiento para la partición y adjudicación de aquella realizada por los otros herederos de forma unilateral y sin contar con los interpelados. Es cierto que también se les ha comunicado la partición con las adjudicaciones realizadas, pero no han prestado su consentimiento a ellas. Así, una cosa es la posibilidad de aceptación separada por los herederos y otra la conversión del derecho hereditario abstracto en uno concreto sobre los bienes hereditarios, que exigiría la concurrencia de todos los herederos a falta de contador partididor facultado para ello.

Como también ha puesto de relieve este Centro Directivo, una cosa es que la herencia haya de tenerse por aceptada en virtud en el procedimiento del artículo 1005 del Código Civil, y otra muy distinta que para la partición correspondiente no haya de contarse con los herederos cuyo consentimiento se omite en el otorgamiento de la escritura calificada.

En cuanto la cuestión la necesidad de la entrega del legado por parte de los herederos, el artículo 885 del Código Civil establece que el legatario no puede ocupar por sí la cosa legada, debiendo exigir tal entrega al albacea facultado para la misma o a los herederos. Por otra parte, como ha recordado este Centro Directivo en Resoluciones de 13 de enero de 2006, 13 de abril de 2009, 4 de julio de 2014, 4 de marzo y 5 de abril de 2016 y 19 de julio de 2022, entre otras, la legislación hipotecaria, ya desde la Ley de 1861, ha establecido que tal entrega es necesaria para verificar la inscripción en favor del legatario. Ciertamente, en el supuesto de este expediente no está el legatario autorizado para tomar posesión por su propia autoridad de la cosa legada, y hay designados herederos, por lo que no procede aplicar el apartado d) del artículo 81 del Reglamento Hipotecario.

Resolución de 19-11-2024
BOE 18-12-2024
Registro de la Propiedad de Aspe.

PROPIEDAD HORIZONTAL: NECESIDAD DE ACUERDO EN JUNTA PARA MODIFICAR ELEMENTOS COMUNES.

El hecho de que uno de los herederos acepte la herencia, siquiera sea ex artículo 1005 del Código Civil, no significa que haya prestado su consentimiento para la partición y adjudicación de aquella realizada por los otros herederos de forma unilateral y sin contar con los interpellados. El legatario no puede ocupar por sí la cosa legada, debiendo exigir tal entrega al albacea facultado para la misma o a los herederos.

Ciertamente, tratándose de una propiedad horizontal tumbada —como resulta del historial registral—, la ampliación de la construcción de la vivienda objeto de la declaración formalizada en la escritura calificada comporta modificación de la configuración exterior del conjunto urbanístico del que forma parte integrante dicha finca, así como de la superficie del referido elemento privativo, que deberá contar con el acuerdo adoptado por los propietarios en junta. La modificación en la descripción de un elemento privativo, si excede de ese ámbito de actuación individual que se reconoce por la ley a su propietario, no puede llevarse a cabo sin que se acredite el acuerdo de la junta de propietarios por la mayoría de éstos que en cada caso proceda de acuerdo con dicha Ley (vid. artículos 5 y 17, apartados 4, 6 y 8, de la Ley sobre propiedad horizontal).

Debe tenerse en cuenta que, junto con los preceptos de la Ley sobre propiedad horizontal, deben aplicarse los demás principios hipotecarios a las modificaciones del título constitutivo o de sus estatutos, como son el de inoponibilidad del artículo 32 de la Ley Hipotecaria (cfr., también el artículo 606 del Código Civil), con su lógico complemento del principio de oponibilidad del artículo 13 y el de cierre registral del artículo 17 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 19-11-2024
BOE 18-12-2024
Registro de la Propiedad de Ciudad Real, número 1.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE.

Se reitera la doctrina aplicable a los casos de procedimientos seguidos contra la herencia yacente tras la STS de 9 de septiembre de 2021.

Como señala la reiteradísima doctrina de este Centro Directivo, no pueden ser tenidos en cuenta para la resolución del recurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, ya que éste tiene como objeto valorar la procedencia de la calificación teniendo en cuenta los elementos de que dispuso el registrador para emitirla.

Para extender asientos relativos a procedimientos seguidos contra la herencia yacente del titular registral, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, es necesaria la constancia de su fallecimiento, circunstancia

que debe ser calificada por el registrador. El documento que da fe de la muerte de una persona y de la fecha y lugar de fallecimiento es el certificado de defunción. En el ámbito procesal, el fallecimiento tiene, igualmente, que quedar debidamente acreditado para justificar la legitimación procesal de la propia herencia yacente (artículo 6.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 265.1 y.2 del mismo texto legal). Por lo tanto, una vez el juez haya admitido la demanda, será suficiente que se refleje en el mandamiento la fecha del fallecimiento del causante, sin perjuicio de que, si ese dato no consta, como sucede en este caso, pueda obtenerse mediante una diligencia de adición al mismo o mediante la aportación del certificado de defunción.

En los casos en que interviene la herencia yacente, la doctrina que este Centro Directivo ha venido manteniendo estos últimos años es que toda actuación que pretenda tener reflejo registral debe 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. A la vista de la Sentencia de 9 de septiembre de 2021, este Centro Directivo modificó la doctrina para estos casos, afirmando que cuando se demanda a una herencia yacente caben dos posibilidades: – que se conozca o se tengan indicios de la existencia de concretas personas llamadas a la herencia. En este caso, habrá de dirigirse la demanda contra estos herederos, previa averiguación de su identidad y domicilio.– que no se tenga indicio alguno de la existencia de herederos interesados en la herencia yacente (casos de personas que han fallecido sin testamento y sin parientes conocidos con derecho a la sucesión intestada). En estos supuestos, además de emplazar a los ignorados herederos por edictos, se debe comunicar al Estado o a la Comunidad Autónoma llamada por la normativa civil aplicable a la sucesión intestada a falta de otros, la pendencia del proceso, conforme al citado artículo 150.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Resolución de 19-11-2024

BOE 18-12-2024

Registro de la Propiedad de Gijón, número 2.

PUBLICIDAD FORMAL: INTERÉS LEGÍTIMO.

Para considerar justificado ese interés no solo debe apreciar la literalidad de la causa aducida, sino también su congruencia con el resto de datos le proporcionen al requerir la información.

Como doctrina general, este Centro Directivo tiene declarado (cfr. Instrucción de 17 de febrero de 1998) que la publicidad formal de los asientos registrales no puede consistir en dar conocimiento indiscriminado del patrimonio de las personas. Quien desee obtener información de los asientos debe acreditar al registrador que tiene interés legítimo en ello, de acuerdo con el sentido y función de la institución registral.

Ante una solicitud de publicidad formal, el registrador, debe calificar en primer lugar, si procede o no expedir la información o publicidad formal respecto

de la finca o derecho que se solicita, atendiendo a la causa o finalidad alegada; en segundo lugar, deberá valorar la existencia de un interés legítimo, y, en tercer lugar, qué datos y circunstancias del folio registral correspondiente, puede incluir o debe excluir de dicha información. No se discute en el recurso el interés legítimo del solicitante, quien ejerce de abogado, y al que se le presupone dicho interés de conformidad con la normativa hipotecaria.

El registrador por su parte entiende que a la finalidad no es otra que obtener los datos de los titulares registrales de las fincas, con sus circunstancias personales a fin de enviarles una oferta comercial de sus servicios por parte del solicitante. Como ha señalado la Resolución de 30 de mayo de 2014, en el ámbito de su calificación, para considerar justificado ese interés no solo debe apreciar la literalidad de la causa aducida, sino también su congruencia con el resto de datos le proporcionen al requerir la información, de forma que la mera mención de un motivo, aun cuando sea de los considerados ajustados a la finalidad registral, aisladamente considerado, no podrá dar lugar a la inmediata obtención de la nota simple o certificación solicitada, sino que será el análisis conjunto de todas las circunstancias que consten en la solicitud el que determinará tanto la apreciación del interés alegado como la extensión de los datos que, a su juicio y bajo su responsabilidad, facilite el registrador al peticionario de la información.

Resolución de 20-11-2024

BOE 18-12-2024

Registro de la Propiedad de Ourense, número 2.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: COMPETENCIA DEL NOTARIO EN LA TRAMITACIÓN DEL ACTA PREVIA.

La carencia de competencia notarial territorial es relevante cuando se liga a la validez misma del documento notarial para ser título susceptible de inscripción, como es el caso del acta previa que prevé el art. 205 LH

En efecto, desde la perspectiva registral, la eventual carencia de competencia notarial territorial puede ser relevante cuando se liga a la validez misma del documento notarial para ser título susceptible de inscripción (artículo 18 de la Ley Hipotecaria) pero no cuando sus consecuencias se mueven en otro plano, administrativo o disciplinario.

El presente supuesto, sin embargo, presenta perfiles diferentes con base en la inclusión de la normativa notarial en la propia Ley Hipotecaria, formando parte de ésta y por tanto de ciertos procedimientos, entre los previstos en el artículo 198 de dicha ley en su actual redacción. La infracción de la regla de competencia territorial supondría a su vez, por ello, un defecto esencial del procedimiento e impediría la inscripción.

Dentro del conjunto de medios de inmatriculación, el artículo 205 de la Ley Hipotecaria permite la inmatriculación de fincas mediante el título público de adquisición, que podrá ser complementado, en su caso, por acta de notoriedad notarial cuando no se acredite de modo fehaciente el título adquisitivo del transmitente o enajenante con la antigüedad de un año (ex artículo 298 del Reglamento

Hipotecario). El artículo 298 del Reglamento Hipotecario no ha sido objeto de modificación, hasta la fecha, como no lo ha sido el Reglamento Notarial, si bien ambos han de interpretarse, como toda norma reglamentaria, con supeditación a la ley a la que desarrolla. Por lo tanto, no puede considerarse el acta complementaria del título público, regulado éste último en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, una excepción a la exigencia de competencia territorial notarial, en el conjunto de las actas notariales contempladas en el contexto de la coordinación de la realidad extrarregistral con el contenido del Registro —facilitando a su vez su coordinación con el Catastro—.

La finca está situada en el término municipal de Ourense, que pertenece al Distrito Notarial de Ourense, y que, por tanto, no es colindante con el Distrito Notarial de Santiago de Compostela, al cual pertenece la Notaría que sirve el notario autorizante. Por tanto, no es competente territorialmente.

Resolución de 20-11-2024

BOE 18-12-2024

Registro de la Propiedad de Cuevas de Almanzora.

FINCA REGISTRAL: IDENTIFICACIÓN.

Si se especifican las fincas adjudicadas a cada una de las sociedades resultantes, indicando su naturaleza (rústica o urbana), su ubicación, y, especialmente, el número de finca registral e incluso el tomo, libro y folio de su inscripción, no puede negarse la inscripción.

Siendo la finca el elemento primordial de nuestro sistema registral —de folio real, por ser la base sobre la que se asientan todas las operaciones con trascendencia jurídico real (cfr. artículos 1, 8, 9, 17, 20, 38 y 243 de la Ley Hipotecaria y 44 y 51.6.^a del Reglamento Hipotecario)—, constituye presupuesto básico de toda actividad registral la identidad o coincidencia indubitada entre la finca que aparece descrita en el título presentado y la que figura inscrita en el Registro. Esta doctrina ha sido matizada en relación con los inmuebles ya inscritos cuya descripción ya recoge el conjunto de requisitos establecidos en el ordenamiento hipotecario. En tales casos, la omisión o discrepancia en ellos de algunos de los datos descriptivos con que estos figuran en el Registro no constituye en todo caso un obstáculo para la inscripción. Pero también debe entenderse que, por el contrario, dicho obstáculo existirá cuando la omisión o discrepancia sea de tal condición que comprometa la correspondencia segura y cierta entre el bien inscrito y el que según el título se transmite.

En el presente caso, la escritura de escisión (en los anexos II y II bis del acuerdo de escisión total incorporado) especifica las fincas adjudicadas a cada una de las sociedades resultantes, indicando su naturaleza (rústica o urbana), su ubicación, y, especialmente, el número de finca registral e incluso el tomo, libro y folio de su inscripción. Por tanto, aunque en la escritura se omita expresar su superficie y linderos, resulta aplicable la doctrina referida acerca de que la omisión en los títulos de algunos de los datos descriptivos con que las fincas figuran en el Registro no constituye en todo caso un obstáculo para la inscripción, sino que, como

ocurre en este supuesto, sí cabe apreciar de modo indubitado la identidad entre el bien inscrito y el transmitido.

Resolución de 20-11-2024

BOE 18-12-2024

Registro de la Propiedad de Cazorla.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No es admisible la negativa a tramitar el procedimiento alegando que la finca ya había sido medida detalladamente al hacerse la segregación, cuando dicha segregación se realizó con base en una declaración de innecesariedad, que no implica dicha medición.

Al efecto de valorar esa identidad o correspondencia entre la georreferenciación aportada y la finca inscrita, y especialmente cuando resulten modificaciones o diferencias de superficie, resulta de pertinente aplicación analógica lo dispuesto en el artículo 201.3, cuando prevé que «será necesario que el Registrador (...) no albergue dudas sobre la realidad de la modificación solicitada, fundadas en la previa comprobación, con exactitud, de la cabida inscrita, en la reiteración de rectificaciones sobre la misma o en el hecho de proceder la finca de actos de modificación de entidades hipotecarias, como la segregación, la división o la agregación, en los que se haya determinado con exactitud su superficie». El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria).

No es correcta la afirmación en la que el registrador trata de fundamentar su calificación negativa cuando dice que «con motivo de la segregación (...) la finca resultó identificada con precisión en cuanto a su ubicación, delimitación y superficie». Por ello, ha de revocarse su negativa a iniciar siquiera el procedimiento de georreferenciación de tal finca. Será tras su inicio, tramitación y conclusión, cuando el registrador calificará lo que proceda acerca de la pretensión de hacer constar registralmente por primera vez la verdadera ubicación y delimitación geográfica de la finca, y mediante ella, su correcta y precisa medición interior.

Resolución de 20-11-2024

BOE 18-12-2024

Registro de la Propiedad de Pola de Siero.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: CAPACITACIÓN DEL TÉCNICO.

No puede exigirse al técnico firmante del informe en que se basan las alegaciones del colindante una determinada cualificación profesional no exigida por

las normas que regulan los requisitos técnicos aplicables a las representaciones gráficas alternativas que acceden al Registro.

No puede exigirse al técnico firmante del informe en que se basan las alegaciones del colindante una determinada cualificación profesional no exigida por las normas que regulan los requisitos técnicos aplicables a las representaciones gráficas alternativas que acceden al Registro. En efecto, lo importante es que el propietario que afirme que una determinada georreferenciación se corresponde con la finca de su propiedad, (ya sea aquél el titular registral de la finca objeto de georreferenciación, ya sea el propietario o supuesto propietario de una finca colindante potencialmente afectada), suscriba de modo auténtico tal afirmación, con independencia de si para la elaboración de tal georreferenciación se ha auxiliado o no de los servicios profesionales de un técnico. Por ello, todas las argumentaciones de los recurrentes sobre este la falta de capacitación del técnico que en el presente caso haya auxiliado al opositor para la elaboración de la georreferenciación que éste último dice corresponder a su finca y ser invadida por la del promotor, han de ser desestimadas.

Resolución de 20-11-2024
BOE 18-12-2024
Registro de Alcalá la Real.

PARCELACIÓN URBANÍSTICA: LEGISLACIÓN ANDALUZA.

Es aplicable el procedimiento previsto en el art. 79 del RD 1093/1997, siempre que el registrador justifique suficientemente las dudas de la posible existencia de una parcelación.

La reciente Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía, entró en vigor el 23 de diciembre de 2021, es decir, con anterioridad a la fecha de la escritura pública (8 de julio de 2022). No obstante, puede decirse que la nueva ley, con alguna excepción, no altera sustancialmente el régimen de las parcelaciones urbanísticas en Andalucía. No obstante, el apartado quinto del art. 91.1 señala ahora que la asignación de cuotas en pro indiviso resultantes de transmisiones «mortis causa» o entre cónyuges o pareja de hecho no requerirán licencia, salvo que se demuestre que existe fraude de Ley.

Sobre el tratamiento registral de aquellos negocios que, sin aparecer formalmente como división o segregación, pueden presentar indicios de posible parcelación urbanística este Centro Directivo ha tenido ocasión de analizar diversos supuestos en el ámbito de la legislación andaluza. Su tratamiento, desde el punto de vista registral, debe articularse a través del procedimiento previsto en el artículo 79 del citado Real Decreto de 4 de julio de 1997, siempre y cuando el registrador de forma motivada en su nota de calificación exponga los indicios que, de acuerdo también con la normativa aplicable, puedan justificar la aplicación de tal precepto. En el caso de la mera transmisión de una cuota indivisa ya inscrita en el Registro, amparada por tanto por la legitimación registral, no debe justificar, como regla general, la exigencia de intervención administrativa alguna, a menos que vaya acompañada de un indicio cualificado.

Este indicio revelador de «posible» parcelación urbanística sería suficiente para justificar el inicio del procedimiento regulado en el artículo 79 del Real Decreto 1093/1997 en orden a que la Administración competente pueda pronunciarse sobre la concurrencia efectiva o no de esa «posible» parcelación urbanística y adoptar las medidas preventivas oportunas, entre ellas la prohibición de disponer —cfr. apartado quinto— con las debidas garantías procedimentales para el interesado.

En el caso del presente expediente, el registrador fundamenta en su nota que el resultado de aplicar a la total superficie del inmueble objeto de venta, el porcentaje que representa cada cuota indivisa, constituye un acto revelador de parcelación urbanística que requiere aportar la correspondiente licencia municipal conforme a la normativa sustantiva. Las alegaciones del recurrente relativas al hecho de que se transmita el pleno dominio a dos hermanos o las propias circunstancias fácticas de la finca deben ventilarse ante el Ayuntamiento competente con las garantías propias del procedimiento administrativo y será a este órgano a quien corresponda descartar la posible parcelación urbanística o, simplemente, la parcelación del suelo rústico contraria a la Ley.

Resolución de 25-11-2024

BOE 25-12-2024

Registro de la Propiedad de Écija.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

Caducada la anotación, nada impide la inscripción del decreto de adjudicación siempre y cuando el titular registral siga siendo el demandado en el procedimiento.

Esta Dirección General ha afirmado, de manera uniforme, el carácter absoluto de la caducidad de las anotaciones. En este caso, la anotación a) del embargo ejecutado fue prorrogada el día 20 de noviembre de 2017 y, por tanto, se encuentra caducada pendiente de su cancelación registral que, como ha reiterado en numerosas ocasiones la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública opera de modo automático, aunque el asiento no haya sido formalmente cancelado. Así, es doctrina reiterada que la caducidad de los asientos que nacen con una duración predeterminada se produce de modo radical y automático una vez llegado el día prefijado, aun cuando no se haya verificado formalmente la cancelación del asiento. Y ello, supone en cuanto a la anotación preventiva de embargo ya caducada a la fecha de presentación de la adjudicación que es como si tal anotación nunca hubiera existido y, por tanto, no puede aprovecharse de la prioridad registral que se ganó con dicha anotación y que se perdió al caducar la misma.

Como ha señalado la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 5 de abril de 2022, si cuando se presenta en el Registro de la Propiedad el decreto de adjudicación, ya se había producido la caducidad de la anotación del embargo no procede la cancelación de asientos posteriores, al estar caducada la anotación ordenada en los autos que dan lugar al mandamiento cancelatorio, ni procede la inscripción de la adjudicación, por resultar inscrita la

finca a nombre de un tercero. No obstante, caducada la anotación, nada impide la inscripción del decreto de adjudicación siempre y cuando el titular registral siga siendo el demandado en el procedimiento, dando debido cumplimiento al principio registral de tracto sucesivo, si bien dicha adjudicación carecerá del efecto cancelatorio derivado de la aplicación del principio de purga.

La resolución del presente recurso debe, por tanto, limitarse a determinar si el decreto de adjudicación cumple adecuadamente las exigencias del principio de determinación. En tal sentido, la calificación debe ser confirmada. El título calificado adolece de una evidente incongruencia ya que, si bien en su exposición limita el derecho embargado al 50 % del dominio de la finca registral, en su apartado dispositivo adjudica «el bien embargado», incongruencia ésta que deberá ser subsanada por la propia autoridad judicial.

Resolución de 25-11-2024

BOE 25-12-2024

Registro de la Propiedad de Fraga.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE APREMIO POR DEUDAS A LA SEGURIDAD SOCIAL: CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LOS TRÁMITES ESENCIALES. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

Conforme a la nueva redacción dada por el reiterado Real Decreto 1071/2017 al artículo 107 del Reglamento, una vez declarada desierta la subasta lo procedente, no es admisible acudir a la adjudicación directa. Si cuando la certificación de adjudicación se presenta en el Registro la anotación está ya cancelada por caducidad, no existe apoyo suficiente para obtener la cancelación de las cargas posteriores, dado que, por efecto de la caducidad de la anotación base del procedimiento, las citadas cargas posteriores han ascendido en rango.

En efecto, consta acreditado que el día 4 de septiembre de 2024 la registradora envió requerimiento al recurrente para que subsanara el defecto de representación apreciado. Pero, en el escrito de requerimiento, aunque se hace alusión a que se verifica conforme al artículo 68 de la Ley 39/2015, sin embargo, no se incluye una advertencia expresa de que, si así no lo hiciera, se le tendría por desistido de su petición. Por ello, para evitar cualquier situación de indefensión de la interesada en la inscripción, procede entrar a analizar el fondo del asunto.

La aprobación de la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude, y de la posterior Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, obligaban a una necesaria adaptación reglamentaria, lo que tuvo lugar mediante la aprobación del Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio. Entre las novedades que se introducen con esta reforma, en lo que ahora nos interesa, destaca la modificación del régimen jurídico de la enajenación de los bienes embargados dentro del procedimiento de apremio, en particular, el procedimiento de subasta,

para adaptarlo a los principios emanados del informe elaborado por la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORRA) con el objetivo de la agilización y simplificación de dichos procedimientos, así como la potenciación de los medios electrónicos, según se destaca en el Preámbulo del citado Real Decreto 1071/2017. Lo que resulta particularmente relevante a los efectos de este expediente, en cuanto a la adjudicación directa se elimina como procedimiento posterior y subsiguiente al procedimiento de subasta desierta.

El hecho de que la adjudicación directa haya sido contemplada, hasta la reforma introducida por el Real Decreto 1071/2017, como un procedimiento alternativo a la subasta para el caso de que ésta haya quedado desierta, no autoriza a confundirlo en modo alguno con el propio procedimiento de la subasta, por el mero hecho de compartir su condición de procedimientos de enajenación forzosa en un expediente de apremio. Se trata de un procedimiento «posterior y subsiguiente» al procedimiento de subasta, es decir, claramente distinto de éste. Y precisamente se elimina por su menor grado de concurrencia y transparencia como se explica en el propio preámbulo, como «ratio» última de la reforma en este punto.

Esta disposición transitoria tercera del Reglamento General de Recaudación, al igual que sucede en el caso de las transitorias del Código Civil, debe guiar como criterio interpretativo las cuestiones de derecho transitorio no contempladas específicamente por el Real Decreto 1071/2017, según se desprende de la disposición transitoria decimotercera del Código, conforme al cual «los casos no comprendidos directamente en las disposiciones anteriores se resolverán aplicando los principios que les sirven de fundamento». Todo lo cual impide admitir como criterio de interpretación el basado en la plena equiparación entre la subasta y la enajenación directa, como si de procedimientos o modos de enajenación indiferenciados se tratase, lo que no es posible legalmente ni desde el punto de vista transitorio, ni desde el punto de vista sustantivo o material.

Conforme a la nueva redacción dada por el reiterado Real Decreto 1071/2017 al artículo 107 del Reglamento, una vez declarada desierta la subasta lo procedente, al no ser admisible acudir a la adjudicación directa, sería aplicar la previsión del artículo 109.1 del mismo, que de conformidad con el artículo 172.2 de la Ley General Tributaria, dispone que «cuando en el procedimiento de enajenación regulado en la anterior subsección no se hubieran adjudicado alguno o algunos de los bienes embargados, el órgano de recaudación competente podrá proponer de forma motivada al órgano competente su adjudicación a la Hacienda pública en pago de las deudas no cubiertas» —o en caso de no entender procedente esta adjudicación a la Hacienda Pública, iniciar un nuevo procedimiento de enajenación a través de una nueva subasta, conforme al artículo 112.2 del Reglamento General de Recaudación—.

El segundo de los defectos impugnados también ha de ser confirmado. Al tiempo de presentarse la certificación de adjudicación y el mandamiento de cancelación en el Registro, se hallaban ya canceladas por caducidad las anotaciones preventivas de embargo que en su día se practicaron en favor de la Hacienda Pública como consecuencia del procedimiento de apremio. Como señala la Resolución de esta Dirección General de 3 de mayo de 2023, siguiendo la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo número 237/2021, de 4 de mayo, la emisión de la certificación de cargas en el procedimiento de ejecución derivado de

la anotación del embargo y la extensión de la nota marginal más que «causar estado» definitivo, constituyen una prórroga temporal, de cuatro años, a la anotación preventiva de embargo, de forma que durante este periodo podrá hacerse valer el efecto de cancelación de cargas posteriores del eventual decreto de adjudicación dictado en esa ejecución. Pero si, como ocurre en este caso, cuando la certificación de adjudicación se presenta en el Registro la anotación está ya cancelada por caducidad, no existe apoyo suficiente para obtener la cancelación de las cargas posteriores, dado que, por efecto de la caducidad de la anotación base del procedimiento, las citadas cargas posteriores han ascendido en rango.

Resolución de 25-11-2024

BOE 25-12-2024

Registro de la Propiedad de Madridejos.

SERVIDUMBRES: APLICACIÓN DEL SISTEMA DE NUMERUS APERTUS.

La inscripción de la renuncia a la existencia de servidumbre de vistas en relación a determinados inmuebles, para el futuro, delimita el contenido del derecho de propiedad tanto del predio que pudiera haber sido dominante, como del que hubiera sido predio sirviente de existir la servidumbre de luces y vistas en litigio, cuya inexistencia y renuncia futura ha sido judicialmente declarada.

El principio de autonomía de la voluntad es una piedra angular de nuestro derecho de obligaciones, pero tiene un ámbito más restringido en el de los derechos reales, como se deduce de la doctrina del «*numerus apertus*» de derechos reales, que en el ámbito patrimonial ha permitido y permite la adaptación de instituciones de indudable contenido tradicional a las demandas de una sociedad globalizada, interconectada e interdependiente. Esta posibilidad de «*numerus apertus*» es más palpable en materia de servidumbres, donde aparece claramente establecida en los artículos 536 y 594 del Código Civil, que sobre la base del principio de autonomía de la voluntad recogido en el artículo 1255 del mismo cuerpo legal, autoriza la constitución de servidumbres atípicas siempre que no se contradiga la Ley ni el orden público —cfr. Resolución de 5 de diciembre de 2002 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y Resolución de 14 de junio de 2023 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

En este contexto, la inscripción de la renuncia a la existencia de servidumbre de vistas en relación a determinados inmuebles, para el futuro, delimita el contenido del derecho de propiedad tanto del predio que pudiera haber sido dominante, como del que hubiera sido predio sirviente de existir la servidumbre de luces y vistas en litigio, cuya inexistencia y renuncia futura ha sido judicialmente declarada. No puede, por tanto, entenderse que afectan sólo a los titulares registrales actuales o que tenga alcance puramente obligacional, pues como se ha dicho, las servidumbres reales afectan o gravan los predios, cualesquiera que sean lo futuros adquirentes de los mismos. La inscripción de la sentencia objeto de este recurso ayuda a la determinación de las características del objeto del derecho inscrito, lo que según este Centro Directivo atribuye trascendencia real al título presentado (vid. Resolución de 25 de marzo de 2021).

Tampoco puede alegarse falta de concreción y determinación, porque lo que se pretende es la constancia registral de la renuncia a la existencia futura de servidumbre de luces y vistas, siendo la Ley la que determina el contenido típico (artículo 580 y siguientes del Código civil).

Resolución de 25-11-2024

BOE 25-12-2024

Registro de la Propiedad de Valencia, número 10.

CAMBIO DE USO: APLICACIÓN DEL ART. 28.4 LS

Se reitera la doctrina sobre la posibilidad de inscribir el cambio de uso de una edificación al amparo del art. 28.4 de la LS.

En primer lugar, en cuanto a la solicitud de corrección del error que, a juicio del recurrente, se produjo por no haber hecho constar en la inscripción el destino a vivienda de la finca comprada, debe recordarse que el practicado es un asiento que se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales. El párrafo tercero del artículo 1 de la Ley Hipotecaria establece que «los asientos del Registro practicados en los libros 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». El artículo 217, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria dispone que: «Los errores de concepto cometidos en inscripciones, anotaciones o cancelaciones, o en otros asientos referentes a ellas, cuando no resulten claramente de las mismas, no se rectifican sin el acuerdo unánime de todos los interesados y del Registrador, o una providencia judicial que lo ordene». A la vista del citado artículo, el consentimiento o acuerdo unánime de todos los interesados y del registrador son requisitos indispensables para la rectificación. No obstante, en la escritura objeto del presente expediente consta únicamente una referencia incidental a que la finca es «destinada a vivienda» (mención por lo demás discordante con la nota registral informativa incorporada a dicho título) sin ninguna otra declaración ni acreditación relativa a que se formalizara un cambio de destino. Por ello, no puede entenderse que haya error alguno en la práctica del asiento y debe ahora determinarse si es o no fundada en derecho la calificación registral en cuanto exige que se acrediten los requisitos necesarios para la pretendida constancia del cambio de uso.

El control administrativo sobre si una edificación concreta y determinada, o parte de la misma, 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 a cabo de acuerdo a —entre otros extremos— los usos previstos y aprobados. Justificada la aplicación del régimen registral sobre edificaciones previsto en el artículo 28 de la actual Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana a la constatación registral del cambio de uso de inmuebles, la inscripción que se practique exigirá la acreditación de los distintos requisitos a que se refiere el precepto según que la solicitud se lleve a cabo con aportación de la documentación urbanística a que se refiere su apartado 1 o con aportación de aquella otra documentación que acredite la improcedencia

de adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes, todo ello tal y como previene el apartado 4 del artículo 28 de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

No obstante, en la Resolución de esta Dirección General de 9 de abril de 2024, relativa a una escritura de declaración de obra antigua de habilitación de buhardilla como vivienda en el País Vasco, se afirmó que la aplicación del régimen registral sobre edificaciones previsto en el artículo 28 de la actual Ley de Suelo a la constatación registral del cambio de uso de inmuebles se condiciona a que tanto la normativa urbanística de aplicación como la jurisprudencia que la interpreta posibiliten la prescripción o caducidad de la acción de restablecimiento de legalidad respecto al uso (vid., también, las Resoluciones de 11 de junio y 9 de julio de 2024). De esta forma, en aquellas Autonomías que no admitan la prescripción de la modificación de uso, la única vía admisible para la inscripción registral de la modificación de la descripción de la finca en cuanto a su destino es la acreditación de la oportuna licencia o certificado municipal que acredite su situación consolidada o en fuera de ordenación, al amparo del artículo 28, apartado 1, de la Ley de Suelo, sin que sea posible su inscripción sin acreditar algún título administrativo habilitante.

Centrados en el supuesto de este expediente, no se acredita que se cumplan los requisitos exigidos por el artículo 28.4 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, y el artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, y en su calificación (a la que se debe ceñir este recurso —artículo 326 de la Ley Hipotecaria—) el registrador no alude a esta posibilidad sino únicamente a la vía prevista en el citado apartado 1 del artículo 28 de dicha ley.

Por todo ello, la calificación objeto de impugnación debe ser confirmada en cuanto a la exigencia de cumplimiento de los requisitos del apartado primero del artículo 28.1 de la Ley de Suelo (que es la objeción que expresa el registrador —vid. artículo 326 de la Ley Hipotecaria—), en los términos que resultan de los fundamentos anteriores, para la inscripción de la modificación de descripción de la finca, en cuanto a su uso o destino, en el Registro de la Propiedad.

Resolución de 25-11-2024
BOE 25-12-2024
Registro de la Propiedad de Altea.

REPARCELACIÓN URBANÍSTICA: APLICACIÓN ART. 17 RD 1093/1997

Se confirma la aplicación del art. 17 del RD 1093/1997 sin que puedan exminarse cuestiones ajenas a la calificación registral.

Los artículos 14 a 16 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, de normas complementarias al Reglamento Hipotecario en materia urbanística, regulan la cancelación formal de las cargas inscritas sobre las fincas de origen con posterioridad a la práctica de la nota marginal de inicio del expediente; preceptos complementados con el párrafo cuarto del artículo 17 de la misma norma al disponer la

imposibilidad de práctica de asiento alguno sobre la finca de resultado «en tanto no se lleve a cabo la rectificación a que se refiere el presente artículo respecto de todos y cada uno de los derechos que hubieren sido objeto de cancelación formal».

Estableciendo el apartado 4 del artículo 17 del mismo Real decreto 1093/1997, de 4 de julio, dispone que «en tanto no se lleve a cabo la rectificación a que se refiere el presente artículo respecto de todos y cada uno de los derechos que hubieren sido objeto de cancelación formal no podrá practicarse asiento alguno sobre la finca de resultado adjudicada al titular primitivo de la finca de origen». Por tanto, el presente motivo de recurso debe ser desestimado, debiendo procederse, con carácter previo, a la rectificación de la inscripción en los términos que regula el artículo 17 del citado Real Decreto, para que, posteriormente, pueda inscribirse la escritura de dación en pago de deuda, y sin que este Centro Directivo pueda resolver otras cuestiones planteadas por el recurrente.

Resolución de 28-11-2024

BOE 25-12-2024

Registro de la Propiedad de Pedreguer.

CERTIFICACIÓN DE DESPACHO DEL ART. 19 LH: CONTENIDO

La certificación de despacho ha de precisar si consta inscrita alguna base gráfica y el estado de coordinación de la finca.

La cuestión objeto del presente recurso se centra en determinar si entre los extremos relativos a la nueva situación registral vigente que han de incluirse «en extracto» en la certificación electrónica a que se refiere la última oración del artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria, debe entenderse comprendido el relativo a si la finca tiene o no inscrita su correspondiente georreferenciación, y el estado de coordinación gráfica de la finca con el Catastro. Y a este respecto, en los casos en que se incorpora una representación gráfica, la respuesta debe ser afirmativa, pues como ha reiterado la doctrina de este Centro Directivo, por ejemplo en su Resolución de 29 de julio de 2024, que a su vez citaba la de 4 de noviembre de 2021, «la inscripción de las coordenadas de los límites de una finca registral no son un simple dato de hecho, sino un pronunciamiento jurídico formal y solemne, que tras los procedimientos, tramites, garantías, alegaciones y calificación registral que procedan en cada caso, proclama y define con plenos efectos jurídicos y bajo la salvaguardia de los tribunales cuál es la delimitación del objeto jurídico sobre el que recae el derecho de propiedad inscrito».

Lo que no se desprende ni del artículo 19 bis, ni del artículo 241 de la Ley Hipotecaria, es que esta certificación electrónica estructurada y «en extracto» que ha de expedirse de oficio conforme al artículo 19 bis, además de expresar si consta o no inscrita la georreferenciación de la finca, y su estado de coordinación gráfica, tenga que incluir la visualización de la georreferenciación inscrita, extremo que no sólo no está expresamente previsto, sino que, al tratarse de una imagen, complicaría la gestión electrónica y estructurada de una información que básicamente es de tipo alfanumérico. La certificación electrónica en ningún caso quedaría incompleta ni imprecisa, pues, como dice la registradora en su informe, bastaría

acceder al geoportal registral y utilizar el código registral único de la finca para poder visualizar, e incluso descargar, esa georreferenciación que haya quedado inscrita y por ello publicada en dicho geoportal.

Respecto del estado de coordinación gráfica de la finca con el Catastro, la certificación estructurada expedida de oficio por la registradora conforme al artículo 19 bis sí que incluye expresamente la indicación de que la finca no está coordinada con el Catastro. Y en este punto la alegación o queja del recurrente relativa a que ya han pasado en exceso los seis meses desde la inscripción de la georreferenciación alternativa y la finca sigue sin estar coordinada, no puede ser estimada, pues como alega la registradora en su informe, cuando se inscribe, como fue el caso, una georreferenciación alternativa, la coordinación gráfica no se produce por el mero transcurso del plazo de seis meses, sino cuando Catastro la lleve a cabo y lo comunique al Registro de la Propiedad, lo que no ha sucedido en el caso concreto que motiva esta resolución.

Resolución de 28-11-2024

BOE 25-12-2024

Registro de la Propiedad de Madrid, número 19.

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DENEGACIÓN.

No es posible practicar asiento de presentación de una instancia que pretende la constancia registral de un empadronamiento.

La prioridad es uno de los principios fundamentales sobre los que se sustenta nuestro sistema hipotecario. Los importantes efectos que se desprenden de la inscripción en el Registro de la Propiedad exigen que el orden de acceso de los títulos esté fijado de forma clara e indubitada. Lo anterior también explica que exista una regulación detallada sobre las formas de presentación en el Registro, así como de la práctica del asiento de presentación. No contiene el artículo 246 LH regulación alguna sobre cómo debe tramitarse este recurso expreso, pero es indudable que la aplicación de los artículos 325 y siguientes de la Ley Hipotecaria, relativos al recurso ordinario, solo serán de aplicación en cuanto no impidan la tramitación de este nuevo recurso en los plazos fijados, pues de otro modo quedaría estéril la finalidad perseguida con la introducción de este nuevo recurso que no es otra que procurar que la prioridad registral, que se sustenta en el asiento de presentación, quede claramente determinada en el menor tiempo posible mediante la resolución del recurso y evitar una interrupción temporal excesiva del procedimiento registral, con los perjuicios que pudieran derivarse tanto para el propio interesado como para presentantes posteriores o terceros adquirentes cuyas expectativas dependerán de la definitiva situación registral. La consecuencia lógica de lo anterior es que, interpuesto el recurso, el registrador deberá remitir la documentación pertinente el mismo día o el siguiente hábil a aquel en que haya tenido su entrada en el Registro, ya que solo así podrá garantizarse su resolución en los cinco días hábiles siguientes.

Resulta claro que la instancia presentada, al objeto en ella expresada, no encaja en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria. Además, expresamente, para solventar cualquier eventual duda, el artículo 5 de

la Ley Hipotecaria dispone que «los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer no serán inscribibles».

Resolución de 28-11-2024

BOE 25-12-2024

Registro de la Propiedad de Alicante, número 1.

HERENCIA: REPUDIACIÓN.

En el marco en que se realiza la calificación registral, no puede apreciarse si —como alega el recurrente— en la inicial repudiación de la herencia de su hermana existió o no error en la creencia de que la estaba aceptando con beneficio de inventario.

Este Centro Directivo ha puesto de manifiesto que no debe descartarse que al reconocimiento de un error vicio por los propios interesados pueda dársele eficacia en el ámbito notarial y registral, situación de rectificación por consentimiento de los otorgantes a la que aludiría el último párrafo del artículo 153 del Reglamento Notarial, regla que encontraría también plasmación en otras normas, como el artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria (cfr. Resoluciones de 21 de abril y 17 de octubre de 2017 y 20 de septiembre de 2020. En el caso analizado en la primera de ellas, uno de los llamados a la herencias intestada y testada de sus padres otorgó una escritura de repudiación pura y simple de la herencia de estos, pero el mismo día mediante diligencia complementaria en la misma escritura el repudiante hizo constar que su voluntad no era repudiar la herencia pura y simplemente sino renunciarla a favor de su hermano; y esta Dirección General apreció que dicha subsanación era compatible con la irrevocabilidad de la renuncia por estar basada en un error de consentimiento).

En el caso del presente recurso, atendiendo a las circunstancias concurrentes (y aun dejando al margen que, como reconoce el propio recurrente, de ser eficaz la repudiación de la herencia estarían llamados a ella personas que no han intervenido en la subsanación de la escritura) debe concluirse que, en el marco en que se realiza la calificación registral, no puede apreciarse si —como alega el recurrente— en la inicial repudiación de la herencia de su hermana existió o no error en la creencia de que la estaba aceptando con beneficio de inventario. Por ello, la calificación del registrador debe ser confirmada.

Resolución de 28-11-2024

BOE 25-12-2024

Registro de la Propiedad de Marbella, número 1.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: LA DENEGACIÓN HA DE SER FUNDADA.

Para denegar la inscripción de una base gráfica no basta aludir a que hay oposición de un colindante, sino que ha de fundamentarse. El peticionario tiene derecho a obtener certificación del contenido de las alegaciones del colindante.

El registrador deniega la inscripción de la representación gráfica por existir oposición, pero sin argumentar el porqué de aceptar las alegaciones del colindante opositor. La mera oposición de un colindante, incluso aunque sea registral —me-

nos aún si es meramente colindante catastral—, no es óbice para que el registrador deba fundar objetivamente la nota de calificación. En definitiva, es en la nota de calificación negativa donde el registrador debe reseñar todas las circunstancias que le han llevado a formular la calificación negativa.

En cuanto a la segunda solicitud de certificación del contenido de las alegaciones por el colindante, también debe estimarse el recurso. Es cierto que no está contemplado como trámite en el procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria el traslado al solicitante de la inscripción de la representación gráfica de las alegaciones de los colindantes, pero sí debe tener acceso al expediente para poder recurrir ante esta Dirección General contra la nota de calificación debidamente formulada. Conviene recordar la procedencia de la emisión de publicidad de los legajos a cargo de los registradores conforme a lo dispuesto en el artículo 342 del Reglamento Hipotecario, al establecer que «también podrán expedir los Registradores, a petición de los interesados, certificaciones de los documentos que conserven en su archivo y respecto de los cuales puedan considerarse como sus archiveros naturales», documentos entre los que, sin duda, se encuentran los incorporados a la tramitación del expediente previsto en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria (vid. Resolución de 14 de noviembre de 2016), publicidad que quedará sujeta a la normativa anteriormente expuesta.

Resolución de 29-11-2024

BOE 25-12-2024

Registro de la Propiedad de Tacoronte.

CIF REVOCADO: EFECTOS.

No puede practicarse asientos registrales de títulos otorgados por personas cuyo CIF se halle revocado, aunque al tiempo de dicho otorgamiento no lo estuviera.

En relación con la revocación del número de identificación fiscal existe una reiterada doctrina de este Centro Directivo (vid. la Resolución de 16 de junio de 2023 y las citadas en ella) elaborada con base en el contenido a la disposición adicional sexta de la Ley 58/2003, de 17 diciembre, General Tributaria. El titular de un número de identificación fiscal revocado podrá solicitar la rehabilitación de su número de identificación fiscal a la Administración Tributaria conforme a lo dispuesto en el artículo 147.8. En particular, deberá acreditar que han desaparecido las causas que motivaron la revocación y deberá comunicar, además, quienes ostentan la titularidad del capital de la sociedad, con identificación completa de sus representantes legales, el domicilio fiscal, así como documentación que acredite cuál es la actividad económica que la sociedad va a desarrollar.

En el ámbito del Registro de la Propiedad, el artículo 254.2 de la Ley Hipotecaria dispone que «no se practicará ninguna inscripción en el Registro de la Propiedad de títulos relativos a actos o contratos por los que se adquieran, declaren, constituyan, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, o a cualesquiera otros con trascendencia tributaria, cuando no consten en aquellos todos los números de identificación fiscal de los comparecientes y, en su caso, de las personas o entidades en cuya representación actúen». Como se ha expuesto, alega el recurrente que, al realizar la primera compra, el número de identifi-

cación fiscal de la empresa vendedora no estaba revocado, por lo que no debe afectarle la retroactividad de la norma perjudicial para el segundo adquirente. Este criterio no se puede confirmar, pues la prohibición que impone la disposición adicional sexta de la Ley General Tributaria antes referida es terminante: la publicación de la revocación del número de identificación fiscal «en el “Boletín Oficial del Estado” implicará la abstención del notario para autorizar cualquier instrumento público relativo a declaraciones de voluntad, actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, contratos y negocios jurídicos de cualquier clase, así como la prohibición de acceso a cualquier registro público, incluidos los de carácter administrativo, salvo que se rehabilite el número de identificación fiscal (...)».

Queda así vedado el acceso registral a cualquier transmisión que realice una entidad con el número de identificación fiscal revocado (vid., respecto de una venta extrajudicial derivada del ejercicio de la acción hipotecaria, la Resolución de este Centro Directivo de 29 de julio de 2022). Y, precisamente, habida cuenta de los términos en que se establece la prohibición, es aplicable aunque en el momento del otorgamiento de la escritura no se hubiera producido todavía esa revocación.

Resolución de 29-11-2024

BOE 25-12-2024

Registro de la Málaga, número 4.

TÍTULO FORMAL: REQUISITOS DE PRESENTACIÓN.

No puede considerarse presentada una licencia de primera ocupación aportada por correo electrónico al Registro.

Es necesario recordar que constituye reiterada doctrina de este Centro Directivo que en los recursos sólo 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 Ley Hipotecaria 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. El envío (no cabe emplear aquí el vocablo «presentación») de dicha licencia de obras sin más, y vía simple correo electrónico, no cumple los requisitos de titulación impuestos por el artículo 3 de la Ley Hipotecaria (sin que proceda ahora la más mínima alusión a los reformados artículos 245 y siguientes de dicho texto legal, vigentes desde el 9 de mayo de este año).

Resolución de 29-11-2024

BOE 25-12-2024

Registro de la Propiedad de Torre Pacheco.

HERENCIA: INTERPRETACIÓN SOBRE LA PROFESSIO IURIS. HERENCIA: LEGÍTIMA GALLEGA

No puede admitirse la existencia de una *proffessio iuris* hipotética o que no conste expresa o tácitamente. Los legitimarios gallegos no han de intervenir en la partición, dada la naturaleza de la legítima en esa región foral.

La cuestión a abordar se centra en determinar si, con base en la interpretación del Reglamento Sucesorio Europeo (recordemos, de aplicación universal a todas las sucesiones que tengan carácter internacional, con independencia de que el causante sea nacional o no de un estado miembro, siempre que se produzcan dentro del territorio de la Unión Europea), y en el tenor del testamento —título de la sucesión—, puede considerarse que este último contiene una verdadera elección de Ley, aun siendo dicho testamento anterior a la vigencia y aplicación del Reglamento (UE) número 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo. En el fondo, la problemática que subyace en este recurso es un tema ya abordado por este Centro Directivo, que se ha referido en varias ocasiones a la «*professio iuris*», incluida la tácita transitoria en relación con la validez material de una disposición «*mortis causa*» previa a la aplicación del Reglamento. En definitiva y a la vista de los datos obrantes en el expediente, debe determinarse si existe, o no, «*professio iuris*» en favor de la Ley mejicana (es la nacionalidad de la causante que aparece indicada en su testamento otorgado en la Ciudad de Méjico).

La elección expresa de la Ley implica que esta debe ser precisa, no pudiendo caber duda alguna sobre el deseo de la causante de elegir dicha ley específica porque considere que se pueda ajustar mejor a sus intereses. No obstante, también permite reconocer una «*professio iuris*» tácita, que podemos entender como aquella expresión indeterminada o imprecisa derivada de una disposición *mortis causa* que pueda llegar a ser válida en lo que se refiere a la elección de Ley. No cabe admitir por tanto una voluntad presunta o hipotética de ésta, es decir, que no se trata de predecir qué ley hubiera elegido el causante si se hubiera planteado la elección de Ley.

Al respecto, la doctrina más autorizada ha venido entendiendo que son indicios vagos y muy poco precisos que, por sí mismos, no podrían llegar a determinar la existencia de una «*professio iuris*» tácita. Sin embargo, pueden ser tenidos en cuenta como elementos complementarios de otros indicios más precisos. Entre ellos podemos mencionar: el simple hecho de otorgar ante una autoridad española no es un indicio suficiente como para determinar que el propósito del causante era someterse al ordenamiento jurídico español; o que el simple hecho que un nacional invoque en su testamento la expresión «ostenta la nacionalidad X» o que sencillamente se haga mención de que el causante posee la nacionalidad. En este caso, estos datos simplemente operan auxiliares de otros más relevantes, pero por sí solos deben entenderse insuficientes para considerar que existe una «*professio iuris*» y, en consecuencia, puedan desplazar la regla general de aplicación de la Ley de la residencia habitual del causante como única rectora de la sucesión.

Dicho lo cual, el hecho de que en el testamento de la causante no se haga referencia alguna a las legítimas de los hijos puede tener sentido al haber sido otorgado en Méjico, siendo la otorgante todavía de nacionalidad mejicana, y donde el sistema de legítimas puede ser diferente. Sin embargo, no cabe que se guarde también silencio sobre dicho extremo en la escritura de herencia, siendo de aplicación la legislación foral de Galicia donde los hijos del causante tienen reconocido este derecho. Y cabe la posibilidad de que los hijos, queriendo cumplir la voluntad de su madre, renuncien a dicha legítima a favor de su padre, pero para conseguir ese resultado, como ha indicado esta Dirección General en diversas Resoluciones, es necesario que se exteriorice claramente su voluntad de manera inequívoca, renun-

ciendo claramente a la misma, no siendo suficiente que se indique simplemente que aceptan las adjudicaciones a favor de su padre. Pero lo dicho siempre ha de relacionarse con la naturaleza de la legítima en el Derecho civil de Galicia. Este Centro Directivo, en Resolución de 2 de agosto de 2016, calificó la naturaleza de la legítima en Galicia conforme a la Ley de 24 de agosto de 1995 (anterior a la vigente Ley 2/2006) de «pars valoris bonorum», mientras con la nueva Ley 2/2006 es de «pars valoris», reproduciendo el sistema adoptado también en Cataluña.

Cuando la legítima es un simple derecho de crédito frente a la herencia («pars valoris»), el legitimario puede ver burlados sus derechos sobre los inmuebles relictos por el juego de la fe pública y el nacimiento de terceros. De forma que cuando para inscribir los bienes a nombre del heredero o legatario se precisa el consentimiento de los legitimarios, tienen éstos garantía suficiente, pero cuando el heredero puede satisfacer las legítimas en metálico o bienes no inmuebles, más propiamente bienes no registrables, es fácil obviar el asentimiento legitimario en materia inmobiliaria, y por ello, adquiere una naturaleza distinta, ya que a través de una facultad concedida por la Ley para satisfacerla se convierte en el objeto de una obligación facultativa. Se convierte así la legítima en un crédito del legitimario frente al heredero, y de ahí que sea necesario el principio de publicidad para garantizar el posible pago de lo que la Ley le reserva. Para inscribir la adjudicación hereditaria en favor del heredero, en modo alguno sería necesario que se reconozca y pague la legítima a los hijos de la causante en cualquiera de las formas admitidas por la ley; o que estos manifiesten claramente que renuncian a la misma a favor de su padre. En suma, pues, el legitimario no tiene que intervenir en la partición de la herencia, si bien tiene derecho a pedir anotación preventiva de su legítima.

Resolución de 29-11-2024

BOE 25-12-2024

Registro de la Propiedad de Calp.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA

No puede inscribirse una base gráfica si constan acreditadas dudas sobre la identidad de la finca.

El registrador ha de calificar la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse: a que la representación gráfica aportada coincida en todo o en parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, o a que se invadan fincas colindantes inmatriculadas, o a que se encubra un negocio traslativo u operación de modificación hipotecaria. El juicio de identidad de finca que en su caso formule el registrador habrá de ser motivado, y fundado en criterios objetivos y razonados».

Como se desprende de las Resoluciones de esta Dirección General de 24 de febrero y 26 de junio de 2024, oponiéndose un titular registral, su oposición resulta mucho más cualificada y merecedora de mayor consideración, conforme al párrafo cuarto del artículo 199.1 de la Ley Hipotecaria. Pero, esa especial consideración de la alegación del titular registral de una finca colindante con la que es objeto del

expediente no implica, necesariamente, la denegación de la georreferenciación aportada al expediente.

La rectificación solicitada modifica la geometría de una de las fincas a la que ocasiona una disminución de superficie, originando un cambio en su situación urbanística, que pasa de edificable a no edificable, situación esta que exige que vuelva a tramitarse el expediente, puesto que el consentimiento de su titular lo fue con una superficie que permitía la edificación, pues en caso contrario, hubiera podido presentar alegaciones. Si se inscribiera la georreferenciación resultante de la agrupación significaría que se podría inscribir una reordenación del territorio distinta de la que fijó la reparcelación, que está bajo la salvaguardia de los tribunales, por lo que esta Dirección General entiende aplicable la regla general de rectificación registral solo cuando media el consentimiento del titular o en su defecto resolución judicial.

Resolución de 29-11-2024

BOE 25-12-2024

Registro de la Propiedad de Torre Pacheco.

HERENCIA: INTERPRETACIÓN SOBRE LA PROFESSIO IURIS. HERENCIA: LEGÍTIMA GALLEGA

No puede admitirse la existencia de una *professio iuris* hipotética o que no conste expresa o tácitamente. Los legitimarios gallegos no han de intervenir en la partición, dada la naturaleza de la legítima en esa región foral.

La cuestión a abordar se centra en determinar si, con base en la interpretación del Reglamento Sucesorio Europeo (recordemos, de aplicación universal a todas las sucesiones que tengan carácter internacional, con independencia de que el causante sea nacional o no de un estado miembro, siempre que se produzcan dentro del territorio de la Unión Europea), y en el tenor del testamento —título de la sucesión—, puede considerarse que este último contiene una verdadera elección de Ley, aun siendo dicho testamento anterior a la vigencia y aplicación del Reglamento (UE) número 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo. En el fondo, la problemática que subyace en este recurso es un tema ya abordado por este Centro Directivo, que se ha referido en varias ocasiones a la «*professio iuris*», incluida la tácita transitoria en relación con la validez material de una disposición «*mortis causa*» previa a la aplicación del Reglamento. En definitiva y a la vista de los datos obrantes en el expediente, debe determinarse si existe, o no, «*professio iuris*» en favor de la Ley mejicana (es la nacionalidad de la causante que aparece indicada en su testamento otorgado en la Ciudad de Méjico).

La elección expresa de la Ley implica que esta debe ser precisa, no pudiendo caber duda alguna sobre el deseo de la causante de elegir dicha ley específica porque considere que se pueda ajustar mejor a sus intereses. No obstante, también permite reconocer una «*professio iuris*» tácita, que podemos entender como aquella expresión indeterminada o imprecisa derivada de una disposición *mortis causa* que pueda llegar a ser válida en lo que se refiere a la elección de Ley. No cabe admitir por tanto una voluntad presunta o hipotética de ésta, es decir, que

no se trata de predecir qué ley hubiera elegido el causante si se hubiera planteado la elección de Ley.

Al respecto, la doctrina más autorizada ha venido entendiendo que son indicios vagos y muy poco precisos que, por sí mismos, no podrían llegar a determinar la existencia de una «*professio iuris*» tácita. Sin embargo, pueden ser tenidos en cuenta como elementos complementarios de otros indicios más precisos. Entre ellos podemos mencionar: el simple hecho de otorgar ante una autoridad española no es un indicio suficiente como para determinar que el propósito del causante era someterse al ordenamiento jurídico español; o que el simple hecho que un nacional invoque en su testamento la expresión «ostenta la nacionalidad X» o que sencillamente se haga mención de que el causante posee la nacionalidad. En este caso, estos datos simplemente operan auxiliares de otros más relevantes, pero por sí solos deben entenderse insuficientes para considerar que existe una «*professio iuris*» y, en consecuencia, puedan desplazar la regla general de aplicación de la Ley de la residencia habitual del causante como única rectora de la sucesión.

Dicho lo cual, el hecho de que en el testamento de la causante no se haga referencia alguna a las legítimas de los hijos puede tener sentido al haber sido otorgado en Méjico, siendo la otorgante todavía de nacionalidad mejicana, y donde el sistema de legítimas puede ser diferente. Sin embargo, no cabe que se guarde también silencio sobre dicho extremo en la escritura de herencia, siendo de aplicación la legislación foral de Galicia donde los hijos del causante tienen reconocido este derecho. Y cabe la posibilidad de que los hijos, queriendo cumplir la voluntad de su madre, renuncien a dicha legítima a favor de su padre, pero para conseguir ese resultado, como ha indicado esta Dirección General en diversas Resoluciones, es necesario que se exteriorice claramente su voluntad de manera inequívoca, renunciando claramente a la misma, no siendo suficiente que se indique simplemente que aceptan las adjudicaciones a favor de su padre. Pero lo dicho siempre ha de relacionarse con la naturaleza de la legítima en el Derecho civil de Galicia. Este Centro Directivo, en Resolución de 2 de agosto de 2016, calificó la naturaleza de la legítima en Galicia conforme a la Ley de 24 de agosto de 1995 (anterior a la vigente Ley 2/2006) de «*pars valoris bonorum*», mientras con la nueva Ley 2/2006 es de «*pars valoris*», reproduciendo el sistema adoptado también en Cataluña.

Cuando la legítima es un simple derecho de crédito frente a la herencia («*pars valoris*»), el legitimario puede ver burlados sus derechos sobre los inmuebles relictos por el juego de la fe pública y el nacimiento de terceros. De forma que cuando para inscribir los bienes a nombre del heredero o legatario se precisa el consentimiento de los legitimarios, tienen éstos garantía suficiente, pero cuando el heredero puede satisfacer las legítimas en metálico o bienes no inmuebles, más propiamente bienes no registrables, es fácil obviar el asentimiento legitimario en materia inmobiliaria, y por ello, adquiere una naturaleza distinta, ya que a través de una facultad concedida por la Ley para satisfacerla se convierte en el objeto de una obligación facultativa. Se convierte así la legítima en un crédito del legitimario frente al heredero, y de ahí que sea necesario el principio de publicidad para garantizar el posible pago de lo que la Ley le reserva. Para inscribir la adjudicación hereditaria en favor del heredero, en modo alguno sería necesario que se reconozca y pague la legítima a los hijos de la causante en cualquiera de las formas admitidas por la ley; o que estos manifiesten claramente que renuncian a

la misma a favor de su padre. En suma, pues, el legitimario no tiene que intervenir en la partición de la herencia, si bien tiene derecho a pedir anotación preventiva de su legítima.

Resolución de 29-11-2024

BOE 25-12-2024

Registro de la Propiedad de Calp.

PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA

No puede inscribirse una base gráfica si constan acreditadas dudas sobre la identidad de la finca.

El registrador ha de calificar la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse: a que la representación gráfica aportada coincida en todo o en parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, o a que se invadan fincas colindantes inmatriculadas, o a que se encubra un negocio traslativo u operación de modificación hipotecaria. El juicio de identidad de finca que en su caso formule el registrador habrá de ser motivado, y fundado en criterios objetivos y razonados».

Como se desprende de las Resoluciones de esta Dirección General de 24 de febrero y 26 de junio de 2024, oponiéndose un titular registral, su oposición resulta mucho más cualificada y merecedora de mayor consideración, conforme al párrafo cuarto del artículo 199.1 de la Ley Hipotecaria. Pero, esa especial consideración de la alegación del titular registral de una finca colindante con la que es objeto del expediente no implica, necesariamente, la denegación de la georreferenciación aportada al expediente.

La rectificación solicitada modifica la geometría de una de las fincas a la que ocasiona una disminución de superficie, originando un cambio en su situación urbanística, que pasa de edificable a no edificable, situación esta que exige que vuelva a tramitarse el expediente, puesto que el consentimiento de su titular lo fue con una superficie que permitía la edificación, pues en caso contrario, hubiera podido presentar alegaciones. Si se inscribiera la georreferenciación resultante de la agrupación significaría que se podría inscribir una reordenación del territorio distinta de la que fijó la reparcelación, que está bajo la salvaguardia de los tribunales, por lo que esta Dirección General entiende aplicable la regla general de rectificación registral solo cuando media el consentimiento del titular o en su defecto resolución judicial.

Registro Mercantil y Bienes Muebles

Por Servicio de Coordinación RRMM

Resolución de 12-11-2024.

BOE 5-12-2024

Registro Mercantil de Granada, número I.

OBLIGACION DE DECLARAR LA TITULARIDAD REAL, AUNQUE NO HAYA SUFRIDO CAMBIOS.

SE CONFIRMA

La DG confirma su doctrina de que es cuando se depositan las cuentas anuales es necesaria cumplimentar la Declaración del Titular Real, aunque la información no haya sufrido cambios con respecto a la última declaración. Real Decreto 609/2023. Resolución de 16 de noviembre de 2022 y otras.

Resolución de 13-11-2024.

BOE 5-12-2024

Registro Mercantil de Granada, número I.

OBLIGACION DE DECLARAR LA TITULARIDAD REAL, AUNQUE NO HAYA SUFRIDO CAMBIOS.

SE CONFIRMA

La DG confirma su doctrina de que es cuando se depositan las cuentas anuales es necesaria cumplimentar la Declaración del Titular Real, aunque la información no haya sufrido cambios con respecto a la última declaración. Real Decreto 609/2023. Resolución de 16 de noviembre de 2022 y otras.

Resolución de 28-11-2024.

BOE 25-12-2025

Registro Mercantil de Albacete.

INSCRIPCIÓN DE AUDITOR VOLUNTARIO: EXPEDIENTE DE SOLICITUD DE AUDITOR POR SOCIO MINORITARIO.

SE CONFIRMA PARCIALMENTE

Un auditor designado por una sociedad, con carácter voluntario, puede serlo en cualquier momento, incluso cerrado el ejercicio contable. (Resolución de 24 de

noviembre de 2000). La DG, además, confirma su doctrina de que en las sociedades no obligadas a auditar, la designación de auditor voluntario puede llevarse a cabo por el periodo que se acuerde en el contrato, sin ser de aplicación un periodo mínimo.

Abierto un expediente de solicitud de auditor por socio minoritario que se encuentra pendiente de resolución, es decir, sin nombramiento definitivo, cabe la inscripción de auditor voluntario aunque el nombramiento de éste sea posterior a la solicitud del minoritario, siempre que se acredite el nombramiento del auditor voluntario.

Resolución de 29-11-2024.

BOE 25-12-2025

Registro Mercantil de Sevilla, número III.

INSCRIPCIÓN DE ARTICULO ESTATUTARIO QUE IMPONE PRESTACIÓN ACCESORIA A LOS SOCIOS. PUBLICIDAD DE PROTOCOLOS FAMILIARES.

SE REVOCA

Se discute si es o no inscribible una cláusula estatutaria de una SL, introducida por decisión del socio único, en la que se impone a los socios una prestación accesoria no retribuida que consiste en el cumplimiento de unas disposiciones pactadas por los socios en un protocolo familiar que consta en una escritura pública claramente identificada. Se concluye que la cláusula es inscribible por no ser contraria a la ley y porque el protocolo familiar donde se encuentra la imposición a los socios está claramente identificado mediante su formalización en escritura pública que se reseña, —exigencia de publicidad para este tipo de protocolos— por lo que el contenido de dicho pacto puede ser consultado por los socios ya sean los actuales como los futuros socios, y sin que sea obstáculo que el contenido de la prestación accesoria no se publique en la forma prevista por el RD 171/2007 que regula la publicidad de los protocolos familiares.

ESTUDIOS
JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

El sistema de vivienda nido: ventajas, inconvenientes y la improcedencia de su imposición sin acuerdo de las partes

The nest house system: advantages, disadvantages and the inappropriateness of its imposition without the agreement of the parties

por

ELENA FERNÁNDEZ DE LA IGLESIA*
Profesora de Derecho Civil. UCM

RESUMEN. En la resolución de las crisis matrimoniales en donde hay menores implicados debe tenerse en cuenta la guarda y custodia de estos. Uno de los modelos que se vienen estudiando desde hace un tiempo es el sistema de casa nido. En este artículo analizamos las ventajas que encontramos muy escasas frente a las dificultades que las partes deben asumir, sin señalar la necesidad de un compromiso y un respeto muy estricto entre las partes para que el modelo pudiera ser eficiente. La clave del establecimiento de la guarda y custodia de los menores es el interés superior de los mismos, por lo que se deberán evaluar las circunstancias de cada caso para poder indicar cuál es el mejor modelo para cada situación. Esto sin tener en cuenta que las vías extrajudiciales, como puede ser la mediación, serán las mejores para establecer modelos tan sensibles como puede ser el de casa nido. Por ello analizamos la Sentencia del Tribunal Supremo 1312/2024 en donde se declara improcedente la imposición del sistema de casa nido en la atribución de la vivienda familiar en las custodias compartidas sin que haya acuerdo de los progenitores.

* Número de investigador. Código ORCID: 0000-0003-0999-9044

ABSTRACT. In the resolution of marital crises involving children, the custody and guardianship of the children must be taken into account. One of the models that have been studied for some time is the nest house system, in this article we analyse the advantages that we find very few compared to the difficulties that the parties must assume, without pointing out the need for a very strict commitment and respect between the parties so that the model could be efficient. The key to establishing child custody and guardianship is the best interests of the children, so the circumstances of each case must be evaluated in order to indicate the best model for each situation, without taking into account that extrajudicial means, such as mediation, are the best for establishing models as sensitive as the nest home model. For this reason, we analyse Supreme Court Ruling 1312/2024 in which the imposition of the nest house system in the allocation of the family home in shared custody without the agreement of the parents is declared inadmissible.

PALABRAS CLAVE. Crisis matrimonial. Guarda y custodia, menor de edad. Casa nido, vivienda nido. Interés superior del menor. Mediación.

KEYWORDS. *Matrimonial crisis. Guardianship and custody, minors. Nest house, nest home. Best interests of the child. Mediation.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL ATRACTIVO INICIAL DEL MODELO DE CASA NIDO.—III. LOS PROBLEMAS ECONÓMICOS DEL MODELO. A. COSTES DUPLICADOS O TRIPLICADOS. B. DESIGUALDAD ECONÓMICA ENTRE LOS PADRES. C. IMPACTO EN EL NIVEL DE VIDA.—IV. LOS CONFLICTOS ENTRE LOS PROGENITORES.—A. DIFICULTAD PARA GESTIONAR UNA “CONVIVENCIA INDIRECTA”. B. FALTA DE LÍMITES CLAROS. C. *POSIBLE INCUMPLIMIENTO DE LO PACTADO*. D. IMPACTO EMOCIONAL EN LOS HIJOS.—V. ¿REALMENTE BENEFICIA A LOS HIJOS? A. ESTABILIDAD FÍSICA FRENTE A ESTABILIDAD EMOCIONAL. B. AMBIENTE HOSTIL EN EL HOGAR. C. NECESIDAD DE ADAPTARSE A NUEVAS DINÁMICAS.—VI. ALTERNATIVAS MÁS VIABLES. A. CUSTODIA COMPARTIDA TRADICIONAL B. CUSTODIA EXCLUSIVA CON RÉGIMEN DE VISITAS AMPLIO. C. LA MEDIACIÓN COMO HERRAMIENTA PARA ENCONTRAR SOLUCIONES PERSONALIZADAS.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE DE AUTOS, SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO AUDIENCIAS Y JUZGADOS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—X. LEGISLACION CITADA

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo queremos analizar la reciente STS 4917/2024, de 14 de octubre, sobre el recurso de casación interpuesto contra la SAP 53/2023, Madrid, Sección 24.^a de 2 de febrero en el recurso de apelación 1347/2021, dimanante de las actuaciones del juicio ordinario 644/2020 del Juzgado de Primera Instancia n.º 75 de Madrid, sobre divorcio contencioso. En el presente caso se atribuye en primera instancia al hijo y a la madre, que ostenta la guarda y custodia del menor, el uso de la vivienda familiar. En segunda instancia se revoca parcialmente esta resolución estableciendo custodia compartida sobre el hijo común de ambos, así como que el menor vivirá en el domicilio familiar y los padres vivirán en período

de alternancia salvo acuerdo de los progenitores. La cuestión de la casa nido es especialmente controvertida en este asunto y es en lo que nos vamos a centrar.

El concepto de casa nido o vivienda nido en los divorcios españoles se relaciona con la atribución de la vivienda familiar en casos de crisis matrimonial. Se utiliza para referirse a un arreglo por el cual los hijos permanecen en el domicilio familiar mientras los padres se turnan para vivir con ellos, es decir, los progenitores alternan su estancia en la casa nido y en otra residencia. Este modelo se empezó a implantar con la intención de minimizar el impacto del divorcio en los hijos, proporcionando un entorno estable y continuo, aunque consideramos que este enfoque plantea varios desafíos.

El Código Civil no define la vivienda familiar, dejando su interpretación a la doctrina y la jurisprudencia¹ aunque sí dedica los artículos 96 y 1320 al régimen jurídico de la vivienda familiar y a su protección, estableciendo restricciones a la libre disposición, y otros preceptos relativos a la vivienda familiar en las particulares situaciones de crisis matrimonial. En los casos de divorcio, como el que estamos tratando, donde se determina la custodia compartida, determinar la atribución de la vivienda es un desafío debido a la falta de regulación explícita².

Como consecuencia de esta falta de regulación específica³, los tribunales deben tenerse a lo dispuesto en el artículo 96 ya que del mismo se pueden extraer principios generales en la atribución de la vivienda familiar, entre ellos podemos destacar los siguientes:

1. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Es evidente que tendrán que tener en cuenta este principio ya que se entiende que el mismo debe influir en todo tipo de actuaciones en relación con los menores. Entendemos por interés superior del menor en este caso el principio interpretativo conforme al que, en la aplicación de normas o medidas que afecten al menor, deberá primar el interés de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Aunque podamos definir lo que entendemos por la aplicación del principio del interés superior del menor, es un concepto jurídico indeterminado ya que resulta una tarea muy complicada para el legislador conocer y prever con exactitud todas las circunstancias en las que puede tener cabida la aplicación de este concepto, por lo que será necesario que cada profesional realice la interpretación más adecuada del mismo para cada caso.

En el caso del divorcio, el criterio principal será proteger a los hijos menores, en la sentencia que analizamos sólo tenemos a un menor, por lo que habrá que atribuir la vivienda familiar en función de la guarda y custodia que se establezca. En este supuesto se establece en primera instancia la guarda y custodia a la madre, por tanto, al atribuir el uso de la vivienda familiar al menor y tener la madre la guarda y custodia, será la madre quien permanezca con el menor en la vivienda familiar. En segunda instancia se establece la custodia compartida, por lo que en este momento empieza a plantearse la cuestión de la casa nido. En la mayoría de las ocasiones los tribunales determinarán quién debe permanecer en la vivienda

familiar evaluando las necesidades de los menores y las circunstancias económicas de los padres.

2. CUSTODIA COMPARTIDA Y RÉGIMEN DE CONVIVENCIA

La custodia compartida es aquella en la que ambos progenitores se encargan de forma conjunta, periódica o rotatoria del cuidado, atención y educación de los hijos. Es decir, se distribuyen las funciones y responsabilidades parentales que tienen sobre los hijos. Puede ser que lo hagan rotando en el ejercicio de esas funciones y responsabilidades o que lo hagan alternándose según su disponibilidad y en interés del menor.

Según regula el artículo 92.5 del Código Civil, se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. En este supuesto encontramos varias modalidades de atribución del uso de la vivienda familiar:

2.1. *Atribución a los hijos o a ambos progenitores alternativamente*

Este supuesto es el denominado como casa nido, esta modalidad la entiende el Tribunal Supremo como un sistema que no protege plenamente el interés del menor ya que puede llegar a ser un núcleo de conflictos⁴. Por tanto, los tribunales sólo establecerán este sistema en los casos que no sea posible determinar el progenitor que ostenta el interés más necesitado de protección, pero siempre será limitada en el tiempo, como un sistema transitorio ya que la prolongación en el tiempo de esta situación constituye un riesgo evidente de conflicto y problemas⁵.

2.2. *Atribución temporal a uno de los progenitores:*

Si ambos progenitores comparten la custodia, otra modalidad de atribución del uso de la vivienda familiar es la de atribuirla a uno de los progenitores. Esta atribución puede ser temporal hasta que se liquide el régimen económico matrimonial en donde se realizará el reparto de los bienes y se podrá determinar el destino de la vivienda familiar. En este punto podemos encontrar dos supuestos: el primero es que uno de los progenitores se quede en el domicilio familiar, y, el segundo es que la vivienda familiar se venda y cada progenitor adquiera o alquile una vivienda distinta.

3. ATRIBUCIÓN EN AUSENCIA DE HIJOS MENORES

Si no hay hijos menores, la vivienda suele atribuirse al cónyuge más vulnerable económicamente o al que tenga mayor dificultad para encontrar un nuevo hogar. El Tribunal Supremo⁶ establece que en este supuesto se atribuirá la vivienda

familiar al cónyuge más necesitado de proyección durante un año salvo acuerdo entre las partes conforme a lo dispuesto en el artículo 96.1 del CC.

En estos casos, los jueces aplican criterios de proporcionalidad, considerando ingresos, propiedades y la titularidad del inmueble. Dado que el artículo 96 CC no cubre todos los supuestos, los tribunales tienen margen de interpretación, por ejemplo, aunque la vivienda sea privativa de uno de los cónyuges, su uso puede atribuirse al otro si se considera esencial para proteger el interés de los menores. O, tal como considera el Tribunal Supremo en la Sentencia 343/2018⁷ en donde se limita la custodia compartida por semanas alternas de tres hijos menores hasta el momento de liquidación de la sociedad de gananciales.

II. EL ATRACTIVO INICIAL DEL MODELO DE CASA NIDO

La custodia compartida con casa nido supone que los hijos vivan en todo momento en la vivienda familiar, son los progenitores los que alternan entre la vivienda familiar y otra en función de cuándo les toque vivir con sus hijos. Podemos encontrar en un caso de custodia compartida con casa nido que cada progenitor permanezca en la vivienda familiar una semana, una quincena o un mes, y al siguiente el otro. La consecuencia clave de este modelo es que los menores permanecen en ella en todo momento.

El sistema de casa nido se estableció con la intención de priorizar la estabilidad de los menores, puesto que no supone un cambio de vivienda, pretende que sus rutinas no cambien asistiendo al mismo centro escolar y el mismo espacio día a día. Se entiende que genera estabilidad para los menores puesto que evita un sentimiento de pérdida al evitar tantos cambios en su vida. Es decir, que el objetivo principal del modelo de casa nido es preservar la estabilidad de los hijos, permitiéndoles permanecer en el hogar familiar con el enfoque de minimizar los cambios para los menores.

La clave principal para que se pueda establecer este sistema de casa nido es que ambos progenitores estén de acuerdo y sean ellos mismos quienes lo soliciten puesto que va a suponer una implicación muy alta de trabajo, respecto y cordialidad con la otra persona. Es especialmente importante que los progenitores evalúen los aspectos económicos, la logística de coordinación de calendarios y turnos, el impacto emocional de posibles tensiones o conflictos que surjan de compartir el espacio y, además, deben establecer una duración del modelo, ya que no puede perdurar eternamente en el tiempo.

Todas estas cuestiones las deben recoger en el convenio regulador que presentarán al juzgado. Y, así lo consideramos, porque no entendemos la posibilidad de la aplicación del modelo de casa nido exclusivamente por el juzgado sin petición de las partes y sólo podría imponerse en un divorcio contencioso en el que las partes soliciten de mutuo acuerdo esa medida, pero no estén de acuerdo en alguna cuestión que pueda considerarse banal, pero no aquellas que las partes entiendan que son de fondo. Por todo ello, los factores clave para el éxito del modelo de casa nido consideramos que son: la comunicación efectiva entre los padres⁸, el establecimiento de reglas claras y apoyo profesional como puede ser de mediadores familiares, psicólogos o abogados en el proceso.

A nivel teórico puede parecer una solución justa y equilibrada puesto que se atribuye el uso y disfrute de la vivienda familiar a los menores y aparentemente así se preserva el interés superior del menor, aunque, al margen de esto, no hay muchas más ventajas para los hijos. Para los padres podemos encontrar otras ventajas en algunas circunstancias como que se puede retrasar la venta de la vivienda hasta el momento de dictar sentencia si no es un buen momento para el mercado inmobiliario. Como hemos dicho, a nivel teórico puede parecer una buena solución, pero a la larga pueden encontrarse desventajas más que considerables.

III. LOS PROBLEMAS ECONÓMICOS DEL MODELO

El régimen de casa nido implica una serie de cuestiones que deben tenerse en cuenta antes de que las personas sumidas en una crisis matrimonial se decanten por esta opción, estas cuestiones tienen tanta fuerza que son precisamente las que hacen que se trate de una modalidad de custodia rechazada por los tribunales. Entre estas cuestiones debemos tener en cuenta los siguientes problemas económicos del modelo:

A. COSTES DUPLICADOS O TRIPLICADOS

Esta modalidad de guarda y custodia compartida implica la necesidad de mantener tres viviendas a la vez, con el evidente coste económico que ello supone. Se deben mantener la casa nido, dentro de las cuales encontraremos habitualmente gastos como hipoteca, alquiler, mantenimiento, suministros... Y, a su vez, deberán mantenerse viviendas adicionales, una para cada progenitor, para poder alternar su domicilio en los momentos en los que no tengan la custodia de los hijos. Podemos encontrar que los progenitores opten por vivir en casa de sus padres o algún familiar, pero esta situación no es temporal, especialmente si los hijos son pequeños, y puede suponer diversos problemas hasta que pueda liquidarse la sociedad y pueda venderse la vivienda.

Esta situación multiplica los costes en cualquier caso por lo que, para la jurisprudencia, este sistema de atribución de la vivienda exige una alta capacidad económica además de que es fácil que suponga una fuente de conflictos entre ambos progenitores, lo que afectará evidentemente a los menores.

B. DESIGUALDAD ECONÓMICA ENTRE LOS PADRES

Una de las cuestiones que la jurisprudencia tiene en cuenta a la hora de aplicar o no este modelo de casa nido es la situación económica de cada progenitor individualmente. En la sentencia que se analiza, el padre recurre en casación para que se le adjudique a él en exclusiva el uso de la vivienda en atención a dos cuestiones: la primera es que es de su titularidad, cuestión que hemos visto no tiene por qué ser determinante en exclusiva, y, la segunda es que goza de una situación

económica más precaria que la madre, ya que comparativamente él tiene una nómina de 1.551 euros al mes y la madre de 2.144 euros al mes, lo que se considera suficiente para alquilar una vivienda.

En este supuesto en el que uno de los progenitores tiene menos recursos, el modelo de casa nido puede resultar insostenible. Además, con una situación económica desigual entre ambos progenitores, el modelo puede generar tensiones sobre quién cubre qué gastos y en qué porcentaje.

Esta segunda consideración se estudia en conjunto con la primera evaluada en diversas sentencias por el Tribunal Supremo⁹ en donde se considera el sistema de casa nido como no compatible con la capacidad económica de los progenitores que se verían obligados a mantener tres viviendas unido a la conflictividad que añadiría el buen mantenimiento de la vivienda común.

C. IMPACTO EN EL NIVEL DE VIDA

Se considera por los tribunales en todas las resoluciones de crisis matrimoniales la salud financiera de la familia, puesto que el divorcio supondrá diversas consecuencias económicas que, a partir de entonces, los progenitores deberán asumir por separado como puede ser el pago de una hipoteca, vehículos, colegios, clases particulares... Por ello, cuando se plantea el divorcio y cada progenitor debe vivir con sus ingresos propios cubriendo con ello la suma de sus necesidades, las de la casa y de sus hijos, esto puede llevar a que se pierda el nivel de vida del que disfrutaban los menores hasta entonces.

Además de ello, la disolución del matrimonio limitará los ingresos futuros, por lo que los recursos familiares disponibles para los hijos a largo plazo serán menores.

IV. LOS CONFLICTOS ENTRE LOS PROGENITORES

Habiendo analizado los problemas económicos que puede acarrear el régimen de guarda y custodia compartida en la modalidad de casa nido, debemos tener en cuenta que existen otros problemas que pueden generar conflictos entre los progenitores en los que pueden estar inmersos los propios menores afectando esto a la preservación de su interés superior.

A. DIFICULTAD PARA GESTIONAR UNA “CONVIVENCIA INDIRECTA”

La modalidad de casa nido requiere una cooperación constante entre los progenitores ya que ambos progenitores comparten el mismo espacio de intimidad por períodos alternos, lo que puede provocar conflictos desde un punto de vista organizativo ya que no son pocos los supuestos en los que se generan disputas sobre la limpieza, el uso de la vivienda que se puede considerar inadecuado, las reparaciones que pueden achacarse al uso de uno de los progenitores, incluso los

pagos de diversas facturas porque uno de ellos haga un uso mayor de luz, agua, gas o cualquiera de los servicios disponibles¹⁰.

Todas estas cuestiones pueden provocar que los roces entre ambos padres se incrementen y así, lo que en un inicio puede haberse decidido pensando en el bienestar de los más pequeños, puede invertirse y provocar conflictos que afecten de manera directa a los menores a los que se buscaba proteger.

B. FALTA DE LÍMITES CLAROS

Esta situación todavía puede empeorar puesto que el modelo de casa nido podría perpetuar conflictos al no permitir una separación clara y definitiva de convivencia, espacios e intimidad. Recordamos que siguen compartiendo la misma vivienda por períodos alternos, lo que supondría una dificultad en esa intimidad para el momento en el que cualquiera de los progenitores pueda mantener nuevas relaciones familiares.

A nivel legal puede surgir un problema evidente como consecuencia de la ambigüedad en la división de responsabilidades en la propia vivienda familiar. Esto es porque, tanto en el Código Civil como en la jurisprudencia se exige claridad en la distribución de las obligaciones parentales, y este modelo puede generar conflictos sobre el mantenimiento del hogar y la responsabilidad en los gastos comunes y de vivienda si no se establecen por escrito y por medio de acuerdo entre las partes de forma clara y concisa los límites de las posibles actuaciones.

Esta cuestión nos lleva a pensar que, en un procedimiento de divorcio en donde no se establece la modalidad de casa nido ya pueden existir problemas entre los progenitores, sobre todo en cuanto a educación de los menores o en liquidación de determinados bienes como la misma vivienda familiar, por lo que esos problemas se acentuarán notablemente si además sumamos las dificultades evidentes de la convivencia que muchas veces son parte importante de la causa de la crisis matrimonial.

C. POSIBLE INCUMPLIMIENTO DE LO PACTADO

Como hemos mencionado, la aplicación del modelo de casa nido debería ser por acuerdo de las partes. Este posible problema apoya nuestra teoría puesto que el cumplimiento de este modelo está avocado al fracaso si las partes no están conformes con lo dispuesto.

Para el caso de que las partes sí estén de acuerdo en establecer un modelo de casa nido y establezcan unos límites claros, sigue existiendo la posibilidad de que alguna de las partes incumpla lo pactado.

En cualquiera de los supuestos planteados, pueden surgir dificultades para exigir el cumplimiento de turnos o gastos compartidos y esto derivará en litigios en donde se busque la ejecución de lo pactado o establecido en sentencia.

D. IMPACTO EMOCIONAL EN LOS HIJOS

Todos los problemas que hemos planteado pueden generar un impacto emocional en los hijos, los cuales pueden percibir las tensiones entre sus padres, incluso si no las presencian directamente. Y, además, pueden generar un sentimiento de culpabilidad en ellos al ser el eje del modelo, llegando a sentir que la casa nido los atrapa en el conflicto entre sus padres.

Entendemos que lo que más contribuye a los niños en su bienestar emocional es ver a sus padres bien, contentos, y que mantienen el mismo cariño por ellos a pesar de la separación, y no tanto un espacio físico o el ahorro de un desplazamiento cada vez que hay cambio de custodia.

Es evidente que eso es una ventaja de este modelo, pero en contraposición con las múltiples desventajas que hemos visto, consideramos que el impacto emocional en los hijos será mayor que la ventaja de evitar el sentimiento de pérdida por parte de los menores al tener que dejar la vivienda familiar en determinados períodos de tiempo según la guarda y custodia.

V. ¿REALMENTE BENEFICIA A LOS HIJOS?

Como ya hemos señalado, el modelo de casa nido busca preservar el interés superior del menor sobre todo lo demás. Sin embargo, consideramos que este bienintencionado objetivo puede revertirse a medida que avanza el tiempo por no poder cumplir con todas las exigencias de este modelo.

A. ESTABILIDAD FÍSICA FRENTE A ESTABILIDAD EMOCIONAL

Aunque los menores permanecen en el mismo hogar, el modelo puede generar inestabilidad emocional si los padres no logran gestionar bien la situación, para ello los progenitores deben tener una relación muy cordial, recursos suficientes y un alto grado de cooperación, condiciones muy poco comunes que pueden derivar en más conflictos parentales además de generar un entorno inestable para los menores.

Es decir, el modelo hace prevalecer la estabilidad física frente a estabilidad emocional, sin embargo, consideramos que en realidad debería prevalecer la estabilidad emocional de los menores antes que la física.

Los niños necesitan claridad y consistencia en las dinámicas familiares, cuestión especialmente difícil en el modelo de casa nido, por lo que los conflictos latentes pueden tener un impacto más negativo en los menores que los cambios físicos en sí mismos.

B. AMBIENTE HOSTIL EN EL HOGAR.

Como hemos mencionado, una de las claves para que el sistema de casa nido funcione se centra en que ambos progenitores lo soliciten, y, estén de acuerdo con la implantación de ese sistema. Las inconsistencias en la gestión del hogar

que hemos planteado con anterioridad como limpieza, compras de provisiones, reparaciones, facturas... pueden afectar en el ambiente de la vivienda generando tensiones y haciéndolo menos cómodo y funcional para los menores.

El Tribunal Supremo destaca esta cuestión determinando que, cuando los padres no mantienen una relación cordial y estable, la casa nido puede aumentar las tensiones y exponer así a los menores a un ambiente de inestabilidad y estrés, que es precisamente lo que se pretendía evitar cuando los progenitores decidieron que ese modelo era el más adecuado para gestionar el divorcio.

Evidentemente, entendemos que los padres elegirían la situación que fuera mejor para sus hijos, por lo que, por mucho que los padres quieran mantener este modelo, si la situación para los menores es perjudicial deberán solicitar la consecuente modificación de medidas en caso de que acordaran esta circunstancia a través de una sentencia. Además de todo ello, la prioridad para el Tribunal Supremo será en cualquier caso crear un ambiente seguro y estable para los menores, buscando que puedan crecer y desarrollarse en un entorno adecuado y alejado de posibles conflictos familiares.

C. NECESIDAD DE ADAPTARSE A NUEVAS DINÁMICAS

Cualquier crisis matrimonial va a generar cambios en las realidades de las personas implicadas, progenitores y sus hijos, por lo que es necesario que todos se adapten a las nuevas circunstancias y dinámicas. Tras todo lo planteado hasta este punto entendemos que los hijos pueden terminar adaptándose mejor a un modelo más claro de custodia compartida o exclusiva que a un esquema de casa nido que puede ser altamente conflictivo incluso en los supuestos en los que haya acuerdo entre los excónyuges.

Entre otras cuestiones nos planteamos un supuesto de casa nido en el que existen diferentes criterios entre los progenitores en cuanto a la educación de los menores y diferentes normas de convivencia. Esto supone un cambio significativo en el día a día de los menores según el progenitor que conviva con ellos, lo que hace altamente difícil para los hijos entender que en la misma vivienda las normas varían de un día para otro según quién viva en la casa. Esto apoya la teoría de que el modelo de casa nido puede ser confuso para los menores mientras que una custodia compartida o exclusiva va a generar un esquema de convivencia mucho más claro para ellos, lo que hará más fácil la adaptación a las nuevas circunstancias generadas por la crisis matrimonial.

VI. ALTERNATIVAS MÁS VIABLES

Existen diversas alternativas al modelo de casa nido en un divorcio que buscan satisfacer el interés superior de los hijos y minimizar así los conflictos. Estas otras alternativas dependerán de las circunstancias familiares, económicas y emocionales, así como del régimen de custodia acordado o impuesto judicialmente. Las principales alternativas al modelo estudiado son las siguientes:

A. CUSTODIA COMPARTIDA TRADICIONAL

Este modelo es el de custodia compartida con viviendas separadas. Es uno de los más comunes en España y consiste en que los menores alternan su residencia entre las viviendas de los progenitores por el tiempo que se haya establecido, bien en acuerdo o bien en sentencia. El objetivo de este modelo es repartir de forma más o menos equitativa el ejercicio de la guarda y custodia entre ambos progenitores. Este modelo se regula en el artículo 92.5 del Código Civil en donde se especifica que se acordará cuando los padres lo soliciten en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento.

Hasta hace pocos años, la custodia exclusiva o monoparental era la opción mayoritaria, aunque en la actualidad la doctrina del Tribunal Supremo¹¹ lleva a conceder la custodia compartida como fórmula general, siempre que ello no vaya en contra de los intereses del menor, ya que, como hemos dicho, este es el objeto principal de la decisión del modelo de guarda y custodia. Como consecuencia de ello, varias comunidades autónomas han desarrollado sus propias normativas para establecer la custodia compartida como opción preferente, tal es el caso de Cataluña en donde encontramos a partir del artículo 233-8 del Código Civil Catalán regulado el cuidado de los hijos en donde además se regula la atribución o distribución del uso de la vivienda familiar.

El Tribunal Supremo entiende la custodia compartida como una medida que es en realidad un derecho de los hijos antes que de los progenitores y la califica como la mejor solución para el menor, ya que les permite seguir relacionándose del modo más razonable posible con cada uno de los progenitores entendiendo que con ella será efectivo ese derecho de los hijos a mantener la relación con sus progenitores.

Estas consideraciones debemos sumarlas a las ventajas principales de este modelo que son que permite a los padres una separación más clara reduciendo tensiones y que ofrece estabilidad emocional a los menores al tener ambientes claramente definidos, ventajas que resuelven parte de los inconvenientes del modelo de casa nido. Sin embargo, se refuerza la necesidad de que ambas viviendas sean adecuadas para los menores y que las rutinas sean consistentes entre ambos hogares.

B. CUSTODIA EXCLUSIVA CON RÉGIMEN DE VISITAS AMPLIO

En este modelo, uno de los progenitores tiene la custodia principal, mientras que el otro cuenta con un régimen amplio de visitas. Este régimen de visitas es el derecho que tiene el progenitor no custodio a mantener el contacto y la comunicación con sus hijos.

El régimen de visita debe seguir las normas del artículo 94 del Código Civil el cual diferencia este régimen entre normalizado y no normalizado. Se habla de régimen de visitas normalizado para el que establece el tribunal como el de fines de semanas alternos, la mitad de las vacaciones incluyendo pernocta, incluso algunas tardes durante la semana. Por otro lado, se habla del régimen no normalizado

cuando existen circunstancias especiales como horario especial en la jornada de trabajo o que los menores tengan corta edad.

El régimen de visitas puede establecerse de mutuo acuerdo en convenio regulador según las preferencias de los padres y sus posibilidades, o fijado por el Juez, quien determina el tiempo, la forma de la que se desarrolla y el lugar. Este modelo proporciona estabilidad para los menores al mantener una residencia principal y reduce la logística y las tensiones de la alternancia frecuente. Sin embargo, este modelo puede verse como desequilibrado y provocar algún conflicto si el progenitor no custodio siente que tiene menos tiempo o influencia en la vida de los menores.

C. LA MEDIACIÓN COMO HERRAMIENTA PARA ENCONTRAR SOLUCIONES PERSONALIZADAS

La mediación es una herramienta eficaz para diseñar soluciones adaptadas a las necesidades específicas de cada familia, esto se realiza a través de un mediador que ayuda a los progenitores a encontrar acuerdos personalizados sobre el régimen de custodia y uso de la vivienda familiar. Se pretende alcanzar así una solución amistosa entre las partes, cuestión que no ocurre en los casos de divorcio o separación contenciosos en donde el juez toma la decisión final basándose en las peticiones de casa parte, y es difícil que esta solución no dé con la fórmula perfecta para las partes.

En las cuestiones de crisis matrimoniales se hace uso de la mediación familiar ya que se busca alcanzar un acuerdo duradero y justo, por compromiso de las partes, en el ámbito del Derecho de Familia, con intención de evitar llegar a la instancia judicial.

Como ventajas dentro de esta vía encontramos que fomenta la cooperación entre las partes y se reducen con ella los conflictos legales y, además, las soluciones tienden a ser más aceptadas por ambas partes. Es importante tener en cuenta que se requiere la disposición de ambos progenitores para participar en el proceso de mediación, ya que sin la voluntariedad de ellos no se podrá llevar a cabo el proceso y, si aun así se llevase a cabo, al menos una de las partes no cumpliría con lo establecido.

Tras ello, la elección de la alternativa más adecuada va a depender de las circunstancias de cada familia incluyendo los recursos económicos, la capacidad de cooperación de las partes y las necesidades de los hijos. Soluciones como la custodia compartida con viviendas separadas suelen ser las más equilibradas, mientras que la mediación puede ayudar a encontrar acuerdos más creativos y sostenibles a largo plazo por la voluntariedad y los intereses de las partes afectadas.

VII. CONCLUSIONES.

- I. El modelo de casa nido que venimos analizando, aunque se aplique de forma bienintencionada, puede ser inviable para muchas familias. Para poder aplicar el modelo de casa nido consideramos que hay tres puntos clave que deberían darse y que debe vigilarse que se cumplan continua-

mente. El primero de ellos es que los progenitores tengan una buena relación prevaleciendo la cordialidad y el respeto, esta cuestión ya es difícil de por sí teniendo en cuenta que existe una relación emocional previa. La segunda es asegurar que existe una organización clara y compartida de las responsabilidades, de modo que ambos progenitores tengan presente el compromiso inicial de mantener un ambiente estable para los niños. Y, en tercer lugar, que la economía pueda soportar esa situación, debiendo pensar en que debe mantenerse por cada progenitor dos residencias y los gastos habituales que venían soportando.

- II. Si no se dan estos puntos clave, consideramos especialmente importante priorizar soluciones que minimicen los conflictos y que sean sostenibles económicamente, es decir, que si las partes no pueden mantener la vivienda común a la vez que mantienen una a parte que utilizarán en el momento en el que no tienen la guarda de los menores, sin tener en cuenta los gastos que deberán asumir para su propio mantenimiento y el de los hijos, el modelo de casa nido será absolutamente incompatible. Igualmente, si las partes no están dispuestas a dejar de lado sus diferencias, respetar a la otra persona, colaborar y cumplir con lo pactado, el modelo de casa nido también será incompatible con esa situación¹².
- III. A todo ello se debe sumar que, en los supuestos de crisis matrimoniales, las partes están llamadas a considerar el bienestar emocional de los hijos como el eje de cualquier decisión, incluso si implica cambios en su entorno físico. Es decir, que deberá prevalecer la estabilidad emocional de los hijos frente a la estabilidad física que, en principio, puede ofrecer como ventaja el modelo de casa nido, por lo que, si se considera que esta ventaja no es tan beneficiosa, entendemos que el modelo de casa nido definitivamente no tendría sentido si se basa exclusivamente en la sensación de pérdida que puede provocar a los menores el hecho de desplazarse de la vivienda familiar.
- IV. Todas estas cuestiones nos llevan a la conclusión de que el modelo de casa nido exclusivamente podrá establecerse a petición de las partes y el tribunal debe evaluar cada caso concreto para determinar si las partes están dispuestas a llegar a ese acuerdo, a cumplirlo y, primordialmente, si el mismo beneficiaría a los menores respetando su interés superior. En cualquier otro supuesto en el que no se cumpla con estos requisitos fundamentales, el modelo de casa nido estará avocado al fracaso y supondrá más inconvenientes que ventajas para las partes en el tiempo que dure su aplicación.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

GALLARGO RODRÍGUEZ, Almudena: “Posibilidades en la atribución de la vivienda familiar ante la separación y divorcio de mutuo acuerdo: del convenio regulador a los pactos prematrimoniales”, en *Revista Eletrónica de Direito Processual*, ISSN 1982-7636, Año 16, Vol. 23, N.º1, 2021, pp. 31-54.

JURADO GUERRERO, Teresa: “El creciente dinamismo familiar frente a la in-

flexibilidad del modelo de vivienda español”, en *Cuadernos de Información económica*, ISSN 1132-9386, N.º193, 2006, pp. 117-126.

PARDO PUMAR, María José: “La atribución del uso de la vivienda en supuestos de guarda y custodia compartida: análisis de la doctrina jurisprudencial”, en *Revista Estudios Institucionales: Revista Internacional de Investigación en Instituciones, Ceremonial y Protocolo*, ISSN 2386-8694, Vol. 6, N.º10, 2019, pp. 7-20.

SIFRE PUIG, Ricardo Francisco: “La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial y sus repercusiones registrales: primera parte”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año n.º97, N.º783, 2021, pp. 135-221.

IX. ÍNDICE DE AUTOS, SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO AUDIENCIAS Y JUZGADOS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STS, Sala Primera, Sección: Primera, de 16 de diciembre de 1996. Número Sentencia: 1085/1996 Número Recurso: 2016/1993. Ponente: Jose Almagro Nosete. Numroj: STS 7256/1996 – ECLI:ES:TS:1996:7256
- STS, Sala Primera, Sección: Primera, de 1 de octubre de 2010. Número Sentencia 576/2010 Número Recurso: 681/2007. Ponente: María Encarnación Roca Trías. Numroj: STS 4861/2010 – ECLI:ES:TS:2010:4861
- STS, Sala Primera, Sección: Primera, de 7 de julio de 2011. Número Sentencia 496/2011 Número Recurso: 1221/2010. Ponente: María Encarnación Roca Trías. Numroj: STS 4824/2011 – ECLI:ES:TS:2011:4824
- STS, Sala Primera, Sección: Primera, de 29 de abril de 2013. Número Sentencia 257/2013 Número Recurso: 2525/2011. Ponente: Jose Antonio Seijas Quintana. Numroj: STS 2246/2013 – ECLI:ES:TS:2013:2246
- STS, Sala Primera, Sección: Primera, de 24 de octubre de 2014. Número Sentencia: 593/2014 Número Recurso: 2119/2013. Ponente: Jose Antonio Seijas Quintana. Numroj: STS 4249/2014 – ECLI:ES:TS:2014:4249
- STS, Sala Primera, Sección: Primera, de 22 de septiembre de 2017. Número Sentencia: 513/2017 Número Recurso: 1886/2016. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas. Numroj: STS 3323/2017 – ECLI:ES:TS:2017:3323
- STS, Sala Primera, Sección: Primera, de 7 de junio de 2018. Número Sentencia: 343/2018 Número Recurso: 3553/2017. Ponente: María de los Ángeles Parra Lucán. Numroj: STS 2104/2018 – ECLI:ES:TS:2018:2104
- STS, Sala Primera, Sección: Primera, de 13 de noviembre de 2018. Número Sentencia: 630/2018 Número Recurso: 898/2018. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas. Numroj: STS 3743/2018. ECLI:ES:TS:2018:3743
- STS, Sala Primera, Sección: Primera, de 5 de abril de 2019. Número Sentencia: 215/2019 Número Recurso: 3683/2018. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas. Numroj: STS 1363/2019 – ECLI:ES:TS:2019:1363
- STS, Sala Primera, Sección: Primera, de 16 de enero de 2020. Número Sentencia: 15/2020 Número Recurso: 826/2019. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas. Numroj: STS 61/2020 – ECLI:ES:TS:2020:61

- STS, Sala Primera, Sección: Primera, de 6 de julio de 2020. Número Sentencia: 396/2020 Número Recurso: 1754/2019. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas. Numroj: STS 2093/2020 – ECLI:ES:TS:2020:2093
- STS, Sala Primera, Sección: Primera, de 22 de junio de 2021. Número Sentencia: 438/2021 Número Recurso: 4827/2020. Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg. Numroj: STS 2550/2021 – ECLI:ES:TS:2021:2550
- STS, Sala Primera, Sección: Primera, de 20 de diciembre de 2021. Número Sentencia: 870/2021 Número Recurso: 5053/2020. Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg. Numroj: STS 4950/2021 – ECLI:ES:TS:2021:4950
- SAP de Madrid, Sección: Vigésimosegunda, de 28 de noviembre de 2022. Número Sentencia: 916/2022 Número Recurso: 399/2022. Ponente: María Ángeles Velasco García. Numroj: SAP M 17601/2022. ECLI:ES:APM:2022:17601
- STS, Sala Primera, Sección: Primera, de 10 de junio de 2024. Número Sentencia: 808/2024 Número Recurso: 4891/2023. Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg. Numroj: STS 3312/2024 – ECLI:ES:TS:2024:3312
- STS, Sala Primera, Sección: Primera, de 14 de octubre de 2024. Número Sentencia: 1312/2024 Número Recurso: 3176/2023. Ponente: María de los Ángeles Parra Lucan. Numroj: STS 4917/2024 – ECLI:ES:TS:2024:4917

X. LEGISLACION CITADA

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de 1996, de protección jurídica del menor, modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.
- Ley Cataluña, Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.
- Ley País Vasco, Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

NOTAS

¹ La STS de 16 de diciembre de 1996 define la vivienda familiar como el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias y protección de su intimidad.

² La STS de 24 de octubre de 2014 establece como único punto de referencia para la atribución del uso de la vivienda familiar el apartado 2 del artículo 96 del Código Civil.

³ Nosotros hemos llevado a cabo esa distinción, pero la STS de 14 de octubre de 2024 establece que “la falta de concreción de criterio normativo ha llevado a la jurisprudencia a fijar los elementos que se deben valorar para evitar incurrir en un mero decisionismo voluntarista que pudiera convertirse en una vedada arbitrariedad. Con tal finalidad, en la ponderación de las circunstancias concurrentes, se debe prestar especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres; en segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero (sentencias 513/2017, de 22 de septiembre; 396/2020, de 6 de julio y 438/2021, de 22 de junio entre otras).”

⁴ La STS que analizamos entiende esto, pero otras sentencias anteriores ya consideraban este sistema como un posible núcleo de conflictos como la STS 396/2020, de 6 de julio.

⁵ Entiende la SAP de Madrid 916/2022, de 28 de noviembre, que hay que evitar esta modalidad por el bien de los menores para evitar su exposición al conflicto y diversos problemas.

⁶ La existencia de hijos comunes mayores de edad no puede establecer indefinidamente la atribución de la vivienda a uno sólo de los cónyuges, así lo dispone la STS 808/2024 de 10 de junio de 2024.

⁷ La STS de 7 de junio de 2018 rectifica lo establecido en primera instancia en donde se determinaba que se atribuía el uso de la vivienda a los menores hasta que el pequeño alcanzara la mayoría de edad. Así señala la sentencia que, aunque los progenitores estableciesen de mutuo acuerdo el sistema de casa nido cuando se separaron, sólo deberá mantenerse hasta la liquidación de los gananciales, por lo que estaban de acuerdo en las cuestiones de fondo y el tribunal entró a resolver la duración del sistema. Esto nos parece correcto puesto que evitará conflictos y tensiones en el futuro que puedan afectar a los menores, de hecho, la Sala indica que la Audiencia ponderó con ello adecuadamente el interés de los menores, así como las tensiones que podrían producirse en su perjuicio por una excesiva prolongación de la situación de uso alterno de la vivienda.

⁸ Así lo entiende también la sentencia de 20 de diciembre de 2021 la cual insiste en que la fijación de un sistema de casa nido requiere un intenso nivel de entendimiento y comunicación entre los progenitores para coordinar los requerimientos de intendencia y cuidado de la vivienda familiar.

⁹ Este análisis lo podemos encontrar expresamente en las Sentencias de fecha 7 de junio de 2018 y 5 de abril de 2019 al señalar que este sistema no vela por el interés de los menores y tampoco es compatible con la capacidad económica de los progenitores.

¹⁰ Esto también nos lleva a que, una vez resuelto el divorcio los progenitores del menor o los menores continuarán con su vida generando nuevas relaciones con otras personas, por lo que si se aplica un modelo de casa nido podemos encontrar dificultades también en este sentido, la STS de 20 de diciembre de 2021 establece que ese nivel de entendimiento y comunicación entre los progenitores debe ir añadido “a las posibles interferencias con las parejas con las que

los padres hayan podido reconstruir sus vidas, que deberán adaptarse también a este concreto modelo de convivencia”

¹¹ Encontramos diversas sentencias que interpretan el artículo 92 del Código Civil en materia de custodia compartida, entre otras las STS 576/2010, 496/2011 y 257/2013.

¹² Concretamente en la sentencia que analizamos podemos encontrar cómo se hace alusión en el Fundamento de Derecho Segundo punto 2 que “en el caso no existe acuerdo entre los progenitores para adoptar el sistema de casa nido (ni siquiera fue solicitado por ninguno de ellos) y, además, está constatada la mala relación entre los progenitores.” Por lo que tenemos dos cuestiones clave en este supuesto, en primer lugar, ninguna de las partes ha solicitado la aplicación del modelo de casa nido en la resolución del divorcio y, en segundo lugar, existe mala relación entre ellos, por lo que las necesidades de comunicación, respeto y colaboración para que el modelo de casa nido pueda cumplirse son inexistentes en el presente supuesto.

1.2. Derecho de familia

El interés superior del menor y el canon de razonabilidad reforzada en situaciones de riesgo y desamparo: actuaciones de protección, acogimiento y adopción (y II)

The best interests of the minor and the canon of reinforced reasonableness in situations of risk and neglect: protection, foster care and adoption actions

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil (acreditada a profesora Titular) en la Universidad Complutense de Madrid.

RESUMEN. El presente estudio se va a centrar en el análisis de las actuaciones que deben llevar a cabo las Administraciones y los poderes públicos en general, y las familias y centros docentes en particular con el objeto de prevenir, sensibilizar, atender, guardar, informar y proteger a los menores de edad no emancipados ante situaciones de riesgo, desamparo, acoso, violencia y otros comportamientos ilícitos que tienen lugar tanto en un entorno físico como digital. Todo ello, atendiendo al interés superior del menor y al canon de razonabilidad reforzada (tutela judicial efectiva. A tal fin, estudiaremos todas esas situaciones y la implementación de medidas necesarias desde instancias públicas y privadas. Trataremos figuras de guarda y protección como la guarda de hecho de menores, el acogimiento —con especial referencia al acogimiento transfronterizo—: y la adopción —atendiendo a la adopción abierta e internacional—. Desde la nueva normativa comunitaria —reglamento General de Protección de datos, Reglamento de Servicios Digitales y Reglamento de Inteligencia Artificial— pondremos de manifiesto las exigencias para la protección de menores y las que son necesarias adoptar por cada Estado miembro en particular, a través de las Agencia de Protección de Datos, Comité de Protección de Datos o de Inteligencia Artificial y de los Parlamentos nacionales.

ABSTRACT. *This study will focus on the analysis of the actions that must be carried out by the Administrations and public authorities in general, and by families and educational centres in particular, in order to prevent, raise awareness, care for, protect, inform and protect unemancipated minors from situations of risk, abandonment, harassment, violence and other illicit behaviour that take place both in a physical and digital environment. To this end, we will study all these situations and the implementation of necessary measures from public and private bodies. We will deal with guardianship and protection figures such as the de facto guardianship of minors, foster care—with special reference to cross-border foster care—; and adoption—with regard to open and international adoption—. Under the new EU regulations—the General Data Protection Regulation, the Digital Services Regulation and the Artificial Intelligence Regulation—we will highlight the requirements for the protection of minors and those that must be adopted by each Member State in particular, through the Data Protection Agency, the Data Protection or Artificial Intelligence Committee and the national Parliaments.*

PALABRAS CLAVE: Menores de edad no emancipados, interés superior del menor, canos de razonabilidad reforzada, riesgo, desamparo, actuaciones preventivas, de sensibilización, informativas, de atención inmediata, guarda, acogimiento, adopción, entorno digital, entorno físico, protección de datos, inteligencia artificial.

KEYWORDS: *Unemancipated minors, best interests of the child, reinforced reasonableness rules, risk, helplessness, preventive actions, awareness-raising, informative, immediate attention, custody, foster care, adoption, digital environment, physical environment, data protection, and artificial intelligence.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y EL CANON DE RAZONABILIDAD REFORZADA.—III. NIVELES, ÁMBITOS Y ENTORNOS DE ACTUACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 1. NIVELES DE ACTUACIÓN. A. Sensibilización. B. Medidas preventivas: en especial, la prevención de la violencia contra la infancia y adolescencia en el mundo físico y digital. C. Detención precoz de la violencia. D. Atención inmediata. 2. ÁMBITOS DE ACTUACIÓN. A. Actuaciones en caso de urgencia. B. Actuaciones en situación de riesgo. C. Actuaciones en situación de desamparo.—IV. ACOGIMIENTO Y ADOPCIÓN. 1. ACOGIMIENTO FAMILIAR O RESIDENCIAL. A. Acogimiento familiar. B. Acogimiento residencial. a) Medidas para garantizar la convivencia y seguridad en los centros de protección a la infancia y a la adolescencia. b) Medidas y actuaciones en centros de protección específica de menores con problemas de conducta. C. Acogimiento transfronterizo.—V. LA ADOPCIÓN DE MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS. 1. REQUISITOS SUBJETIVOS DE LA ADOPCIÓN. ADOPTANTE Y ADOPTADO. 2. EL PROCEDIMIENTO PARA LA CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN. A. La fase administrativa. B. La fase judicial: el expediente de adopción. 3. Consentimientos, asentimientos y audiencias en el expediente de adopción. A. Personas que han de consentir la adopción. B. Personas que han de asentir la adopción. C. Personas a las que debe darse audiencia, ser oídas.—VI. LA GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN.—VII. EFECTOS DE LA ADOPCIÓN. 1. LA ADOPCIÓN ABIERTA. 2. LA KAFALA COMO INSTITUCIÓN DE PROTECCIÓN. PROHIBICIÓN DE LA ADOPCIÓN PROCEDENTE DE LA KAFALA.—VIII. EXTIN-

CIÓN DE LA ADOPCIÓN.—IX. RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN LAS ACTUACIONES PREVENTIVAS, DE ATENCIÓN INMEDIATA, DE RIESGO Y DESAMPARO.—X. BIBLIOGRAFÍA.—XI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

IV. ACOGIMIENTO Y ADOPCIÓN

1. ACOGIMIENTO FAMILIAR O RESIDENCIAL

Como hemos indicado, a las entidades públicas se les atribuye por ministerio de la ley la tutela y guarda de los menores en situación de desamparo. Tal guarda puede tener lugar mediante acogimiento familiar o residencial. A tal fin, se da preferencia al acogimiento familiar. Si bien, como principio rector de la actuación de los poderes públicos la integración del menor en su familia de origen (el artículo 11.2 c) de la LOPJM).

El artículo 172 ter del Código Civil establece que, la guarda en todos los supuestos señalados, se realizará mediante el acogimiento familiar y no siendo éste posible o conveniente para el interés del menor, mediante acogimiento residencial. Dicho precepto regula algunas cuestiones relativas al acogimiento en general y los artículos 173 y 173 bis del citado cuerpo legal se refieren al acogimiento familiar. En ninguno de tales preceptos se da una definición legal del acogimiento. Para MAYOR DEL HOYO se puede conceptuar como “una forma de ejercer la guarda del menor en situaciones extraordinarias en las que el menor sale de su entorno familiar originario”¹.

Ahora bien, en esta nueva regulación con la finalidad de agilizar y preservar el interés de los menores, se simplifica la constitución del acogimiento familiar, equiparándolo al residencial, incluso aunque no exista conformidad de los progenitores o tutores, y todo ello sin perjuicio del control jurisdiccional del mismo.

Asimismo, como pauta general se sigue manteniendo que, debe prevalecer la medida de acogimiento familiar sobre el acogimiento residencial (artículos 2.2 c); 11.2 b) y 21.3 de la LOPJM). Por tanto, este último constituirá una medida excepcional y provisional.

Precisamente, pensando en el interés del menor, el artículo 21.1 de la LOPJM establece que, prevalecerá la medida de acogimiento familiar sobre el acogimiento residencial, especialmente para menores de seis años; y, asimismo, no se acordará el acogimiento residencial para menores de tres años salvo en supuestos de imposibilidad de adoptar en ese momento la medida de acogimiento familiar, debidamente acreditado o cuando esta medida no convenga al interés superior del menor². En todo caso, y con carácter general no podrá tener una duración superior a tres meses (artículo 21.3 de la LOPJM). Igualmente, debemos recordar que, el artículo 12.5 de la LOPJM establece que, cualquier medida de protección no permanente que se adopte respecto de menores de tres años, se habrá de revisar cada tres meses y respecto de mayores de esa edad cada seis meses³. Por otra parte, debe procurarse no separar a los hermanos con la consiguiente asunción de la guarda y tutela en una misma persona o institución con el fin de que permanezcan unidos (artículo 172 ter.2 del Código Civil).

En esta línea, la Ley 4/2023 de la Comunidad de Madrid establece, al efecto que, la modalidad de acogimiento se determinará en función del interés superior del niño, teniendo en cuenta su edad y circunstancias personales y familiares, así como los objetivos planteados en el plan individual de protección. Si bien, en las actuaciones de protección deberán primar, en todo caso, las medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales y las consensuadas frente a las impuestas. Y, el acogimiento familiar de urgencia será la medida preferente para atender a los niños, en tanto se elabora su plan individual de protección y se establecen sus objetivos y, en su caso, las medidas de protección que correspondan, principalmente para los menores de seis años (artículo 91).

A. Acogimiento familiar

El acogimiento familiar como medida de protección del menor está concebida en interés de los mismos y tiene como finalidad procurar al menor separado de su familia la atención en un contexto familiar o de convivencia adecuado, ya sea con carácter provisional, temporal, permanente o como paso previo para la adopción⁴. Se formalizará por resolución de la Entidad Pública que tenga la tutela o la guarda, previa valoración de la adecuación de la familia para el acogimiento. En esta valoración se tendrá en cuenta respecto a los acogedores su situación familiar y aptitud educadora, su capacidad para atender adecuadamente las necesidades de toda índole del menor o menores de que se trate, la congruencia entre su motivación y la naturaleza y finalidad del acogimiento según su modalidad, así como la disposición a facilitar el cumplimiento de los objetivos del plan individual de atención y, si lo hubiera, del programa de reintegración familiar, propiciando la relación del menor con su familia de origen. En todo caso, el régimen de visitas podrá tener lugar en los puntos de encuentro familiar habilitados, cuando así lo aconseje el interés superior del menor y el derecho a la privacidad de las familias de procedencia y acogedora. Cuando el tipo de acogimiento así lo aconseje, se valorará la adecuación de la edad de los acogedores con la del menor acogido, así como la relación previa entre ellos, priorizando, salvo que el interés del menor aconseje otra cosa, a las personas que, perteneciendo a su familia extensa, reúnan condiciones adecuadas para el acogimiento (artículo 20.2 de la LOPJM). En esa valoración se ha de tener en cuenta, además que, no podrán ser acogedores los que no pueden ser tutores de acuerdo con lo previsto en la Ley; y que este acogimiento familiar se realizará por la persona o personas que, determine la Entidad Pública (artículo 172 ter.1 del Código Civil). A la resolución de formalización del acogimiento familiar acordada, se acompañará *un documento anexo* que incluirá entre otros extremos: a) La identidad del acogedor o acogedores y del acogido; b) Los consentimientos y audiencias necesarias; c) La modalidad del acogimiento, duración prevista para el mismo, así como su carácter de acogimiento en familia extensa o en familia ajena en razón de la vinculación del menor con la familia o persona acogedora; y, d) Los derechos y deberes de cada una de las partes, y en particular: 1.º El régimen de visitas, estancia, relación o comunicación, en los supuestos de declaración de desamparo, por parte de la familia de origen, que podrá modificarse por la Entidad Pública en atención al interés superior del menor. 2.º El sistema

de cobertura por parte de la Entidad Pública de los daños que sufra el menor o de los que pueda causar a terceros. 3.º La asunción por parte de los acogedores de los gastos de manutención, educación y atención socio-sanitaria; e) El contenido del seguimiento que, en función de la finalidad del acogimiento, vaya a realizar la Entidad Pública y el compromiso de colaboración con dicho seguimiento por parte de la familia acogedora; f) En el caso de menores con discapacidad, los recursos de apoyo que, precisa; g) La compensación económica, apoyos técnicos y otro tipo de ayudas que, en su caso, vayan a recibir los acogedores; y, h) El plazo en el cual la medida vaya a ser revisada (artículo 20.3 de la LOPJM).

Tanto la resolución de formalización del acogimiento como el documento anexo, se remitirán al Ministerio Fiscal en el plazo máximo de un mes (artículo 20.3 *in fine* de la LOPJM).

El acogimiento requerirá el consentimiento de los acogedores y del menor acogido si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años (artículo 173.2 del Código Civil); si es menor de dicha edad, en principio, han de ser oídos en la constitución del acogimiento (artículo 9 de la LOPJM). Ahora bien, el acogimiento familiar supone la guarda del menor y, el ejercicio del contenido personal de la patria potestad o en su caso de la tutela —la titularidad corresponde a la Entidad Pública—, por lo que se impone a los acogedores las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo (artículos 20 bis 1 g) y 20 bis 2 l) de la LOPJM). En el caso de tratarse de un menor con discapacidad, deberá continuar con los apoyos especializados que viniera recibiendo o adoptar otros más adecuados a sus necesidades (artículo 173.1 del Código Civil). Hay dos tipos de acogimiento familiar en relación con las características de la familia acogedora y de la vinculación del menor con la misma. Así podrá tener lugar en la propia familia extensa del menor o en familia ajena, resultando preferente el primero —artículo 20.2 de la LOPJM que en la valoración de la adecuación de la familia para el acogimiento tiene en cuenta la relación previa entre el menor acogido y los acogedores, priorizando, salvo que el interés del menor aconseje otra cosa respecto de las personas pertenecientes a su familia extensa—⁵. Por otra parte, el acogimiento en familia ajena podrá ser especializado que, podrá ser, a su vez, profesionalizado cuando, reuniendo los requisitos anteriormente citados de cualificación, experiencia y formación específica, exista una relación laboral del acogedor o los acogedores con la Entidad Pública (artículos 173 bis.1 del CC y 20.1 apartado 2 de la LOPJM). También el acogimiento familiar podrá adoptar las siguientes modalidades atendiendo a su duración y objetivos: a) Acogimiento familiar de urgencia: principalmente para menores de seis años, que tendrá una duración no superior a seis meses, en tanto se decide la medida de protección familiar que corresponda (artículo 173 bis a) del Código Civil)⁶. MAYOR DEL HOYO⁷ precisa que “el objetivo es que mientras se conforma la medida de protección oportuna, los menores, especialmente, los menores de 6 años, no tengan que pasar por un centro de protección, sino que tengan una vida en familiar”; b) Acogimiento familiar temporal: que tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reintegración de éste en su propia familia, o bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable como el acogimiento familiar permanente o la adopción. Este acogimiento tendrá una duración máxima de dos años, salvo que

el interés superior del menor aconseje la prórroga de la medida por la previsible e inmediata reintegración familiar, o la adopción de otra medida de protección definitiva —plazo de tiempo que coincide con el de la guarda administrativa asumida a solicitud de los padres o tutores (artículo 172 bis del Código Civil); o con el cese de la suspensión y revocación de la declaración de desamparo (artículo 172.2 del Código Civil)⁸; c) Acogimiento familiar permanente: que se constituirá bien al finalizar el plazo de dos años de acogimiento temporal por no ser posible la reintegración familiar, o bien directamente en casos de menores con necesidades especiales⁹ o cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen, o se trate de menores de cierta edad¹⁰. Si bien, la Entidad Pública, si lo considera procedente, podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores permanentes aquellas facultades de la tutela que, faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo, en todo caso, al interés superior del menor (artículo 173 bis.2 del Código Civil), con lo que se amplía el contenido del ejercicio del acogimiento no sólo al ámbito personal, sino también a un ámbito patrimonial —administración de bienes— y de representación del menor¹¹.

De todas formas, pese al carácter permanente del acogimiento, nada impide que, se pueda establecer un régimen de visitas a favor de los padres y otros parientes¹².

En cualquier caso, se hará constar en el documento anexo a la resolución administrativa de acogimiento familiar la duración prevista para el mismo (artículo 20.3 c) de la LOPJM).

Por otra parte, se regula el estatuto del acogedor familiar como conjunto de derechos y deberes que, se enumeran en el artículo 20 bis 2 de la LOPJM; también se incluyen los derechos de los menores acogidos en el artículo 21 bis de la LOPJM. Ahora bien, si durante el desarrollo del acogimiento surgieran problemas graves de convivencia entre el menor y la persona o personas a quien hubiere sido confiado la guarda en acogimiento familiar; aquél, el acogedor, el Ministerio Fiscal, los progenitores o tutor que no estuvieran privados de la patria potestad o de la tutela o cualquier persona interesada podrán solicitar a la Entidad Pública la remoción de la guarda (artículo 173.3 del Código Civil). Finalmente, el acogimiento familiar cesará: a) Por resolución judicial; b) Por resolución de la Entidad Pública, de oficio o a propuesta del Ministerio Fiscal, de los progenitores —se entiende no privados de la patria potestad—, tutores —no removidos del cargo—, acogedores o del propio menor si tuviera suficiente madurez, cuando se considere necesario para salvaguardar el interés del mismo, oídos los acogedores, el menor, sus progenitores o tutor; c) Por la muerte o declaración de fallecimiento del acogedor o acogedores del menor; y, d) Por la mayoría de edad del menor.

El acogimiento familiar podrá tener lugar, de acuerdo al interés superior del menor, en la propia familia extensa del menor —que en todo caso requiere la existencia de una relación previa entre acogedor y menor de edad—¹³, o en familia ajena —cuando no existe familiar que esté en condiciones de asumir la guarda del menor y se proporciona para su guarda un ambiente familiar no propio del menor acogido, sustituyendo a la familia de origen—¹⁴. Asimismo, el acogimiento familiar podrá ser especializado, entendiendo por tal el que se desarrolla en una familia en la que alguna o algunas de las personas que integran la unidad familiar, dispone de cualificación, experiencia o formación específica para desempeñar esta función respecto de menores con necesidades o circunstancias especiales, pudien-

do percibir por ello una compensación. También, el acogimiento especializado podrá ser de dedicación exclusiva, cuando así se determine por la Entidad Pública por razón de las necesidades y circunstancias especiales del menor en situación de ser acogido, percibiendo en tal caso la persona o personas designadas como acogedoras una compensación en atención a dicha dedicación (artículo 20.1 de la LOPJM —modificado por la Ley Orgánica 8/2021—).

Ahora bien, como indica el artículo 19 bis apartado 3 de la LOPJM “Para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos, que concurra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor a través del correspondiente informe técnico. En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma”¹⁵.

Respecto de este artículo 19 bis, el Preámbulo de la Ley 26/2015 que lo introduce había advertido que “este artículo incorpora los criterios que la sentencia 565/2009, de 31 de 2009 del Tribunal Supremo ha establecido para decidir si la reintegración familiar procede en interés superior del menor, entre los que destacan el paso del tiempo o la integración en la familia de acogida”¹⁶.

Pues bien, conforme a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 170/2016, de 17 de marzo¹⁷: “El derecho de los menores a desarrollarse y ser educados en su familia de origen no es un derecho absoluto sino que cede cuando el propio interés del menor haga necesarias otras medidas (STS, Sala 1.ª, de 13 de junio de 2011 (RJ 2011,4526) o de 17 de febrero de 2012 (RJ 2012,3924); y el derecho de los padres biológicos no es reconocido ni por las normas legales propias ni por las internacionales como un principio incondicional cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor.

A tal fin, continúa manifestando que “las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor contemplando el posible retorno a la familia natural siempre que sea compatible con las medidas más favorables al interés del menor (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de julio de 2009). (...) En concreto el artículo 19 bis, que incluye las disposiciones comunes a la guarda y tutela, con entrada en vigor el 18 de agosto de 2015, pero que sirve de guía a la hora de interpretar el interés del menor a situaciones anteriores, dispone en el número 3 que “para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma....En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma”.

Por otra parte, debemos traer a colación la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que aparece sintetizada en el apartado 296 de la Guía sobre el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de la siguiente manera:

“El principio según el cual es importante que un padre/madre y su hijo/a estén juntos también se aplica a los casos que se refieren a la relación entre un niño/a y sus abuelos/as (L. c. Finlandia, § 101; Manuello y Nevi c. Italia, §§ 54, 58-59, respecto a la suspensión del derecho de visita de unos abuelos a su nieta). Particularmente cuando los padres naturales están ausentes, se consideró que existen vínculos familiares entre tíos/as y sobrinos/as (Butt c. Noruega, §§ 4 y 76; Jucius y Juciuviene c. Lituania, § 27). Sin embargo, normalmente, la relación entre abuelos/as y nietos/as y la de padres/madres e hijos/as tienen una naturaleza y una intensidad diferente. Por lo tanto, por su propia naturaleza, la relación entre abuelos/as y nietos/as requiere un menor grado de protección (Krukic c. Croacia (dec.), § 110; Mitovi c. la antigua República Yugoslava de Macedonia, § 58)”.

Sobre tales bases, la citada sentencia del Alto Tribunal de 23 de febrero de 2022 entiende que no procede el acogimiento de la nieta por los abuelos, pues, Como observa el Ministerio Fiscal, siendo inviable el retorno con su madre, acceder a la solicitud de acogimiento pretendida por los abuelos supondría un evidente peligro para el desarrollo físico y afectivo de la menor; siendo además evidente el que las medidas de control que se adoptaron por parte de la Entidad Pública mientras residió la menor con los abuelos no tuvieron efecto alguno en su comportamiento. Y a ello se uniría el riesgo de desubicación del entorno socio familiar, educativo e incluso sanitario, en el que se encontraba plenamente integrada desde julio de 2018.

De acuerdo con lo anterior, incluso para el supuesto de que se entendiera que los abuelos estaban en condiciones de acoger a su nieta sin riesgo para ésta, coincidimos con la sentencia recurrida en que tal medida no resultaría beneficiosa para la niña. No debe olvidarse, como observa el Ministerio Fiscal, que los abuelos permanecieron con la niña solo hasta que la misma tenía siete meses, que después hubo visitas semanales de muy corta duración hasta que en el mes de septiembre de 2017 la Entidad Pública las suspendió, y que no se reanudaron hasta que la sentencia de 31 de julio de 2019 estimó parcialmente la demanda. Los informes periciales ponen de manifiesto que la menor está adaptada a su nueva situación socio familiar y que el cese del acogimiento sería vivido por la menor como un abandono y un rechazo de las personas que para ella suponen sus fuentes de seguridad y protección, lo que podría llevar a una regresión en todas las áreas de su desarrollo, poniendo en riesgo su salud emocional y su capacidad para establecer vínculos seguros, por lo que el retorno con los abuelos maternos sería contraproducente para el bienestar de la menor.

Ahora bien, con respecto a este acogimiento especializado con dedicación exclusiva, la Disposición Adicional novena de esta Ley Orgánica 8/2021 establece que, el Gobierno mediante Reglamento en el plazo de un año de la entrada en vigor de la Ley —25 de junio de 2021— fijará el alcance y las condiciones de incorporación al régimen de Seguridad Social de las personas nombradas como acogedoras especializadas de dedicación exclusiva, en el régimen específico que les corresponda, así como los requisitos y procedimiento de afiliación, alta y cotización. Está en tramitación el Proyecto de Real Decreto por el que se regula la Seguridad Social de las personas acogedoras especializadas de dedicación exclusiva.

En todo caso, se ha aprobado el Real Decreto 220/2022, de 29 de marzo por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el sistema de acogida en materia de protección internacional. Se estructura en un artículo que aprueba el

reglamento, tres disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales.

Por su parte, el Reglamento que aprueba este Real Decreto se compone de cincuenta y tres artículos, divididos en cinco títulos.

El título I regula el objeto del sistema de acogida de protección internacional y su ámbito subjetivo y territorial de aplicación, así como el órgano encargado de la gestión del sistema de acogida de protección internacional, que corresponde a la Secretaría de Estado de Migraciones en el ámbito de sus competencias.

El título II desarrolla los contenidos del itinerario del sistema de acogida de protección internacional. Primero se establecen los principios generales de actuación y las características del sistema de protección internacional, incluyendo la necesaria cooperación interinstitucional para el cumplimiento de los objetivos del sistema. Después se desarrollan los requisitos de acceso y de permanencia en el sistema de protección internacional, con especial mención a las personas en situación de vulnerabilidad. Posteriormente se describen las características del itinerario de acogida de las personas destinatarias del sistema, incluyendo sus derechos y deberes. Este itinerario se realiza en tres fases, la de valoración inicial y derivación, la de acogida y una final de autonomía.

El título III describe la tipología de recursos que forman parte del sistema de acogida de protección internacional y los criterios para la asignación de las personas a dichos recursos. Se definen dos tipos de centros: los de valoración y derivación y los de acogida de protección internacional.

El título IV regula los distintos supuestos en los que va a producirse una reducción o una retirada de las condiciones de acogida sobre la base del artículo 33 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre y del artículo 20 de la Directiva 2013/33/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013. Aquellos hechos de naturaleza sancionadora serán desarrollados en la normativa que desarrolle el régimen disciplinario correspondiente.

El título V regula la gestión del sistema de acogida de protección internacional mediante la acción concertada. En primer lugar, recoge las disposiciones generales, ámbito de aplicación, definiciones, principios rectores y duración de la autorización. En segundo lugar, se regulan los requisitos de autorización, que deberán cumplir las entidades para poder acceder al sistema. En tercer lugar, se determina el procedimiento de acción concertada y sus distintas fases. En cuarto lugar, se regula la supervisión, el pago y la financiación de la acción concertada. En quinto lugar, se recogen cuestiones relativas a la suspensión y revocación de la autorización de acción concertada. Por último, se establecen provisiones generales para el establecimiento de sistemas de intercambio de información. En fin, este Real Decreto se dicta en ejercicio de la habilitación normativa contenida en los artículos 30.2, 31.1 y 33.3 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.2.ª de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de extranjería y derecho de asilo.

En fin, se puede optar por un acogimiento familiar temporal o un acogimiento familiar permanente conforme establece el artículo 173 bis 2 letra b) y c del Código Civil. El primero, tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reintegración de éste en su propia familia, o bien porque se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable como

el acogimiento familiar permanente o la adopción. Este acogimiento tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje la prórroga de la medida por la previsible e inmediata reintegración familiar; o la adopción de otra medida de protección definitiva; y, el acogimiento familiar permanente, se constituirá bien al finalizar el plazo de dos años de acogimiento temporal por no ser posible la reintegración familiar, o bien directamente en casos de menores con necesidades especiales, o cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen.

En todo caso, la Entidad Pública podrá solicitar del Juez que, se atribuya a los acogedores permanentes aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo, en todo caso, al interés superior del menor (artículo 173 bis 2 c) *in fine* del Código Civil).

Cualquiera que sea la modalidad de acogimiento familiar, éste se formalizará por resolución de la Entidad Pública que tenga la tutela o la guarda, previa valoración de la adecuación de la familia para el acogimiento. En esta valoración se tendrá en cuenta su situación familiar y aptitud educadora, su capacidad para atender adecuadamente las necesidades de toda índole del menor o menores de que se trate, la congruencia entre su motivación y la naturaleza y finalidad del acogimiento según su modalidad, así como la disposición a facilitar el cumplimiento de los objetivos del plan individual de atención y, si lo hubiera, del programa de reintegración familiar, propiciando la relación del menor con su familia de procedencia. El régimen de visitas podrá tener lugar en los puntos de encuentro familiar habilitados, cuando así lo aconseje el interés superior del menor y el derecho a la privacidad de las familias de procedencia y acogedora (artículo 20.2 de la LOPJM). En todo caso, cuando el tipo de acogimiento así lo aconseje, se valorará la adecuación de la edad de los acogedores con la del menor acogido, así como la relación previa entre ellos, priorizando, salvo que el interés del menor aconseje otra cosa, a las personas que, perteneciendo a su familia extensa, reúnan condiciones adecuadas para el acogimiento.

A la resolución de formalización del acogimiento familiar, acordada conforme a lo previsto en el Código Civil, se acompañará un documento anexo que incluirá los siguientes extremos: a) La identidad del acogedor o acogedores y del acogido; b) Los consentimientos y audiencias necesarias; c) La modalidad del acogimiento, duración prevista para el mismo, así como su carácter de acogimiento en familia extensa o en familia ajena en razón de la vinculación del menor con la familia o persona acogedora; d) Los derechos y deberes de cada una de las partes, y en particular: 1.º El régimen de visitas, estancia, relación o comunicación, en los supuestos de declaración de desamparo, por parte de la familia de origen, que podrá modificarse por la Entidad Pública en atención al interés superior del menor; 2.º El sistema de cobertura por parte de la Entidad Pública de los daños que sufra el menor o de los que pueda causar a terceros; 3.º La asunción por parte de los acogedores de los gastos de manutención, educación y atención socio-sanitaria; e) El contenido del seguimiento que, en función de la finalidad del acogimiento, vaya a realizar la Entidad Pública y el compromiso de colaboración con dicho seguimiento por parte de la familia acogedora; f) En el caso de menores con discapacidad, los recursos de apoyo que precisa; g) La compensación económica, apoyos técnicos y otro tipo de ayudas que, en su caso, vayan a recibir los acogedores; y, h) El plazo en el cual la medida vaya a ser revisada (artículo 20.3 de la LOPJM).

Esta resolución y su documento anexo se remitirán al Ministerio Fiscal en el plazo máximo de un mes.

A. *Acogimiento residencial*

La guarda será ejercida por centros de protección de menores, autorizados y acreditados por la entidad pública competente, dando lugar al acogimiento residencial (artículos 172 ter.1 del Código Civil y 21 de la LOPJM). En este caso, el acogimiento será ejercido por el director responsable del centro donde esté acogido el menor (artículo 172 ter.1 del Código Civil). Representa una medida de protección que consiste en la prestación de servicios de alojamiento, manutención, apoyo educativo y atención integral del menor en un centro de carácter residencial¹⁸. Se establece, en interés del menor, la prioridad del acogimiento familiar sobre el residencial. No obstante, se introduce una regulación flexible a este último acogimiento para dar cobertura a aquellos supuestos en los que, por motivos debidamente justificados, el ingreso en un centro de protección sea la única medida que se disponga, o cuando el acogimiento residencial convenga al interés superior del menor¹⁹. Este acogimiento se ejercerá por el Director o responsable del centro, donde esté acogido el menor conforme a los términos establecidos en la legislación de protección de menores (artículo 172 ter.1 del Código Civil). Por otra parte, en lo relativo a los servicios de acogimiento residencial (denominados hasta ahora “servicios especializados” y ahora “acogimiento residencial” para utilizar una terminología equivalente al “acogimiento familiar”) se establece con carácter general sus características básicas, su necesario ajuste a criterios de calidad y el carácter preferente de las soluciones familiares. Asimismo, todos los centros de acogimiento residencial que presten servicios dirigidos a menores en el ámbito de protección, deberán estar siempre habilitados administrativamente por la Entidad Pública debiendo respetar el régimen de habilitación dispuesto en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. Además, deberán existir estándares de calidad y accesibilidad por cada tipo de servicio.

De forma que, con respecto a los menores en acogimiento residencial, las Entidades Públicas y los servicios y centros donde se encuentren deberán actuar conforme a los principios rectores de esta Ley, con pleno respeto a los derechos de los menores acogidos, y tendrán las obligaciones básicas que, se establecen en artículo 21.1 de la LOPJM. Ahora bien, la Entidad Pública regulará el régimen de funcionamiento de los centros de acogimiento residencial y, se inscribirán en el registro correspondiente, prestando especial atención a la seguridad, sanidad, accesibilidad para personas con discapacidad, número, ratio y cualificación profesional de su personal, proyecto educativo, participación de los menores en su funcionamiento interno y demás condiciones que contribuyan a asegurar sus derechos; también la Entidad Pública promoverá modelos de acogimiento residencial con núcleos reducidos de menores que convivan en condiciones similares a las familiares —hogar funcional—. Por otra parte, a los efectos de asegurar la protección de los derechos de los menores, la Entidad Pública deberá realizar la inspección y supervisión de los centros y servicios semestralmente y siempre que así lo exijan las circunstancias. Asimismo, el Ministerio Fiscal deberá ejercer

la vigilancia sobre las decisiones de acogimiento residencial que se adopten, así como la inspección sobre todos los servicios y centros de acogimiento residencial, analizando, entre otros, los Proyectos Educativos Individualizados, el Proyecto Educativo del Centro y el Reglamento Interno. En todo caso, la Administración Pública podrá adoptar las medidas adecuadas para garantizar la convivencia del centro, actuando sobre aquellas conductas con medidas de carácter educativo, que en ningún caso podrán atentar contra la dignidad de los menores. En casos graves de perturbación de la convivencia, podrán limitarse las salidas del centro de acogida. Estas medidas deberán ejercerse de forma inmediata y proporcional a la conducta de los menores, teniendo en cuenta las circunstancias personales de éstos, su actitud y los resultados derivados de su comportamiento.

Si bien, respecto de aquellas medidas que, se impusieran por conductas o actitudes que fueren atentatorias contra la convivencia en el ámbito residencial, se dará cuenta inmediata a los progenitores, tutores o representantes legales del menor y al Ministerio Fiscal (artículo 21.7 de la LOPJM).

La resolución de la Entidad Pública en la que se formalice por escrito la medida de guarda, se notificará a los progenitores o tutores que no estuvieran privados de la patria potestad o tutela, así como al Ministerio Fiscal (artículo 172 ter.1 apartado 3 del Código Civil).

Ahora bien, se regula la posibilidad que, la Entidad Pública acuerde estancias, salidas de fin de semana o vacaciones con la familia de origen u otras familias, o instituciones adecuadas para los menores en acogimiento —familiar o residencial— (artículos 161 y 172 ter 3 del Código Civil)²⁰. En este contexto, se impone al Director del centro en caso de acogimiento residencial, o a la familia de acogida en el acogimiento familiar (artículo 20 bis.2 h) LOPJM como tal deber), o a otros agentes implicados en ambos casos, informar a la Entidad Pública de cualquier indicio que las visitas perjudiquen al menor (artículo 13.1 de la LOPJM). De todas formas, al tratarse de una resolución administrativa, el menor, los afectados y el Ministerio Fiscal están legitimados para oponerse a dichas resoluciones administrativas conforme al artículo 780 de la LEC.

Por otra parte, en los casos de desamparo o guarda a petición de los progenitores o del tutor, la Entidad Pública puede fijar una cantidad a abonar por los progenitores o tutores en concepto de alimentos y gastos de cuidados y atención del menor o para atender a la responsabilidad civil que pudiera imputarse al menor de edad por actos realizados por los mismos (artículo 172 ter.4 del Código Civil).

En este contexto, atendiendo a las altas funciones que, se encomienda al Ministerio Fiscal, como superior vigilante de la actuación administrativa en protección de menores, la Entidad Pública dará noticia a tal órgano de forma inmediata, de los nuevos ingresos de menores y le remitirá copia de las resoluciones administrativas de formalización de la constitución, variación y cesación de las tutelas, guardas y acogimientos. Igualmente le dará cuenta de cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor (artículo 174.1 del Código Civil).

También el Ministerio Fiscal habrá de comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor y promoverá ante la Entidad Pública o el Juez, según proceda, las medidas de protección que, estime necesarias (artículo 174.2 del Código Civil).

Por otra parte, para el cumplimiento de la función de la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores, cuando sea necesario, podrá

el Ministerio Fiscal recabar la elaboración de informes por parte de los servicios correspondientes de las Administraciones Públicas competentes²¹.

En este contexto, debemos referirnos además del retorno del menor con la familia biológica en los términos analizados, al derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto con sus progenitores y con su familia de origen, salvo que ello sea contrario a su interés superior.

Respecto al retorno del menor con sus padres hay que partir de la base que no es un derecho absoluto e incondicionado. En este sentido, se han pronunciado las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de julio de 2009²²; de 17 de marzo de 2016²³; de 21 de febrero de 2023²⁴; y, de 20 de septiembre de 2023²⁵.

Asimismo, conviene tener presente la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de junio de 2019 (asunto Haddad c. España, núm. 16527/17 (TEDH 2019,86) estima la demanda contra España interpuesta por el padre de una niña en un caso en el que los tribunales españoles confirmaron las resoluciones administrativas de acogimiento y no atendieron a las peticiones del padre de retorno con el argumento de la falta de contacto, cuando eran las autoridades competentes las responsables de la interrupción del contacto.

En su razonamiento conviene destacar lo siguiente: “69. El Tribunal recuerda la jurisprudencia citada en el párrafo 54 supra, según la cual el artículo 8 del Convenio implica el derecho de un progenitor a disponer de medidas para reagruparlo con su hijo y la obligación de las autoridades nacionales de adoptar tales medidas. Observa que, a pesar de la oposición del demandante al acogimiento en régimen pre-adoptivo de su hija (véanse los apartados 22 y 26 supra), esta opción se eligió únicamente por la falta de contacto entre la menor y su padre durante varios años, a pesar de que las visitas se habían suspendido por decisión del juez n.º 1 de Coslada, ante quien se interpuso una denuncia por violencia de género. Por tanto, las autoridades competentes son responsables de la interrupción del contacto entre el demandante y su hija, al menos desde la absolución del demandante, incumpliendo su obligación positiva de tomar medidas que permitieran al demandante beneficiarse de un contacto regular con la menor (Pontes v. Portugal, no 19554/09, § 92, de 10 de abril de 2012). El Tribunal considera que la tutela de un menor debe ser considerada en condiciones normales como una medida temporal, que debe suspenderse tan pronto como la situación lo permita y que cualquier acto de ejecución debe ser coherente con un objetivo último: reagrupar al padre biológico y al menor (Johansen v. Noruega, de 7 de agosto de 1996, § 78, Compendio 1996-III). (...) 72. Este Tribunal considera que el procedimiento debería haber estado rodeado de las garantías adecuadas para proteger los derechos del demandante y tener en cuenta sus intereses. De esta manera, el tiempo transcurrido como consecuencia de la inercia de la Administración, así como de los tribunales nacionales, que no calificaron de poco razonables los motivos aducidos por la Administración para seguir privando a un padre de su hija basándose únicamente en la ausencia de contacto, que por otro lado tenía prohibido por ley, contribuyó decisivamente a que no existiera posibilidad alguna de reunificación familiar entre el demandante y su hija. 73. A la vista de cuanto antecede y a pesar del margen de discrecionalidad del Estado demandado a este respecto, el Tribunal concluye que las autoridades españolas no han realizado los esfuerzos adecuados y suficientes para garantizar el respeto al derecho del demandante a vivir con su

hija junto a sus hermanos, ignorando de esta manera su derecho al respeto de la vida privada y familiar consagrado en el artículo 8 del Convenio”.

La sentencia de la Sala Primera 858/2021, de 10 de diciembre²⁶, que al amparo del artículo 510.2 de la LEC, estima la demanda de revisión interpuesta por el Sr. Conrado contra las resoluciones judiciales que autorizaron en acogimiento de su hija, y que se rescinden, destaca que la vulneración del art. 8 del Convenio, que consagra el derecho al respeto de la vida privada y familiar, consistió en que en el procedimiento de acogimiento las autoridades españolas (administrativas y judiciales) no realizaron los esfuerzos adecuados y suficientes para garantizar el respeto al derecho del demandante (el Sr. Conrado) a vivir con su hija junto a sus hermanos.

En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de octubre de 2023²⁷, aunque el demandante no es el progenitor (que ha fallecido) y lo que se pretende es el acogimiento por la familia paterna extensa, el criterio de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es perfectamente trasladable.

Con ocasión de la multitud de recursos interpuestos por los abuelos de la niña frente a las resoluciones de la entidad pública (interesando el acogimiento familiar extenso) y por la “familia acogedora” (interesando una guarda preadoptiva) se han dictado numerosas resoluciones judiciales. Al respecto procede destacar el auto de esta Sala Primera de 20 de octubre de 2021 (que inadmitió los recursos de casación contra la sentencia 79/2020 de la secc. 2.ª de la Audiencia Provincial, que confirmó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Castellón dictada en las actuaciones sobre juicio verbal de oposición a medidas de protección de menores n.º 298/2018), y destaca que la Consejería no llegara a explorar el acogimiento familiar extenso a pesar del interés de los abuelos en cuidar de la niña. Tanto en las diferentes resoluciones judiciales dictadas en el anterior procedimiento como en las que se han dictado en el procedimiento en el que se plantea este recurso, y en particular en la sentencia recurrida, se explica que la razón de que se haya prolongado el acogimiento de Maite en familia extraña se debe a circunstancias que, si bien no inicialmente, luego solo pueden achacarse a la Administración, cuyo comportamiento en las decisiones adoptadas durante estos años ha sido calificado, tanto por la sentencia que ahora se recurre como por las anteriores, de actuación irregular, desconcertante, obstaculizadora, de no fácil comprensión, de incorrecto proceder, se ha hablado de errores de la Administración y, sobre todo, se le ha reprochado ser incumplidora de los preceptos legales que en un primer momento le habrían llevado a valorar a la familia paterna como acogedores y reticente en el cumplimiento de sentencias judiciales firmes.

No se trata en absoluto de minimizar el impacto que tendría en la niña una súbita separación de la familia de acogida con la que ha estado desde septiembre de 2018 (con independencia de que no ha quedado claro si los acogedores son uno o dos, pues en las resoluciones aportadas se habla de familia de acogida y en ocasiones se hace referencia a dos personas, pero en las actuaciones judiciales solo se ha personado como acogedor Carlos Daniel).

En una valoración conjunta de las circunstancias concurrentes expuestas en este caso y de acuerdo con los criterios que recogen los textos legales y la jurisprudencia sobre protección del interés superior del menor, nuestro Alto Tribunal procede a estimar el recurso de casación de los abuelos recurrentes. En consecuencia, se estima su demanda y se acuerda el acogimiento permanente de Maite

por parte de los abuelos paternos, que siempre han querido cuidarla y son idóneos para ello, lo que además permitirá a la niña vivir en compañía de su hermano de doble vínculo, reforzando sus vínculos afectivos y el sentimiento de identidad de pertenencia a su propia familia.

En su demanda, los abuelos solicitaron que “se acuerde el acogimiento como familia extensa de la menor Petra por parte de los abuelos paternos D. José Ignacio y Dña. Esther, previo régimen de visitas progresivo en favor de nuestros patrocinados”. También que se “acuerde instar a la Conselleria demandada a elaborar sin dilación un Plan de Intervención Familiar que permita llevar a cabo dicho acogimiento con todas las garantías jurídicas para el superior interés del menor”.

En cuanto al derecho de visitas o de relación con la familia de origen viene reconocido en los textos internacionales y en el derecho español para los casos de adopción por las entidades públicas de una medida de protección que comporte la salida del niño de su grupo familiar.

El artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, después de referirse en su apartado 1 a los supuestos en los que, en el interés superior del niño, se determine por las autoridades competentes (siempre a reserva de revisión judicial) que es necesario separarlo de sus padres, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres, establece expresamente en el apartado 3: “Los Estados Parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

El artículo 24.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, entre los derechos del niño reconoce: “Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses”.

En el ordenamiento interno, el artículo 2 c) de la LOPJM establece como uno de los criterios generales a efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor; la preservación del mantenimiento de sus relaciones familiares.

Conforme al artículo 21 bis 1.d) de la LOPJM, el menor acogido, con independencia de la modalidad de acogimiento en que se encuentre, tendrá derecho a “relacionarse con su familia de origen en el marco del régimen de visitas, relación y comunicación establecido por la entidad pública”.

Por su parte, el artículo 20.3.d.1.º de la LOPJM ordena que la resolución de formalización del acogimiento familiar se acompañe de un documento anexo que debe incluir, entre otros extremos, el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación, en los supuestos de declaración de desamparo, por parte de la familia de origen, que podrá modificarse por la entidad pública en atención al interés superior del menor.

Además, conforme al apartado segundo del artículo 172 ter del Código Civil “la situación del menor en relación con su familia de origen, tanto en lo que se refiere a su guarda como al régimen de visitas y otras formas de comunicación, será revisada, al menos cada seis meses”.

El derecho de los hijos menores a relacionarse con sus progenitores, así como con su familia de origen (hermanos, abuelos, parientes, y también allegados) está regulado más precisamente en los artículos 160 y 161 del Código Civil.

Al respecto, la redacción actual del artículo 161 del Código Civil declara la competencia de la entidad pública para, de forma motivada, y previa audiencia de los afectados, regular y suspender temporalmente las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores en situación de desamparo. Pero esta decisión está siempre sujeta a control judicial, como expresamente deja a salvo el citado artículo 161 del Código Civil, que se remite a la oposición conforme a la Ley de Enjuiciamiento civil.

Esa regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la que se remite el mencionado artículo 161 del Código Civil es la prevista en su artículo 780, conforme al cual la oposición ante los tribunales civiles a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores podrá formularse en el plazo de dos meses desde su notificación.

No cabe duda, por tanto, de que las personas que tenían reconocido un derecho de visitas están legitimadas para impugnar la resolución que las suspende en el plazo de dos meses desde su notificación.

Lo anterior, con independencia de que, además, en cualquier momento el juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, pueda adoptar las medidas de prohibición de visitas y comunicaciones para apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas conforme al artículo 158 del Código Civil.

Pues bien, en el caso que juzga la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de junio de 2024 puesto que el proceso de oposición a la resolución administrativa suspendía las visitas de la recurrente se presentó escrito de oposición, de conformidad con lo dispuesto en el mencionado artículo 780 de la LEC antes de que transcurrieran dos meses desde la notificación de la resolución, debemos entender que se presentó dentro de plazo y que la acción no estaba caducada.

Con todo, puesto que la sentencia recurrida, a pesar de apreciar incorrectamente la caducidad de la acción ejercitada, se pronunció en cuanto al fondo sobre la corrección de la decisión de la entidad pública de suspender en interés de los niños las visitas, no solo respecto de los progenitores sino también respecto de la abuela recurrente, la estimación del motivo del recurso de casación basado exclusivamente en la falta de caducidad de la acción no comporta para el Alto Tribunal que se case la sentencia recurrida, y entender que no puede prosperar la pretensión que se deje sin efecto la resolución administrativa que suspendió las visitas de la recurrente.

Ahora bien, la Ley Orgánica 8/2021 regula en su Título IV las actuaciones en centros de protección —artículos 53 a 55— y en la Disposición Final octava. De forma que, en estos centros de protección de menores con independencia de su titularidad se ha de garantizar el respeto a los derechos fundamentales de los menores —vida e integridad física y psíquica— y, evitar cualquier forma de violencia y abuso. En esencia, que sean entornos seguros. Se incluyen también a los centros específicos de protección de menores con problemas de conducta.

- a) Medidas para garantizar la convivencia y seguridad en los centros de protección a la infancia y a la adolescencia.

En la Disposición Final octava de la Ley Orgánica 8/2021 se modifica la LOP-JM añadiendo un nuevo artículo 21 ter.

Por lo que, las medidas adoptadas para garantizar la convivencia y la seguridad en los centros de protección a la infancia y la adolescencia, consistirán en medidas de carácter preventivo y de desescalada, pudiéndose adoptar también excepcionalmente y como último recurso, medidas de contención física del menor. En todo caso, se prohíbe la contención mecánica, consistente en la sujeción de una persona menor de edad o a una cama articulada o a un objeto fijo o anclado a las instalaciones o a objetos muebles.

Todas estas medidas se regirán por los principios de legalidad, necesidad, individualización, proporcionalidad, idoneidad, graduación, transparencia y buen gobierno; asimismo, la ejecución de las medidas de contención se regirá por los principios rectores de excepcionalidad, mínima intensidad posible y tiempo estrictamente necesario; y, en fin, se llevarán a cabo con el respeto debido a la dignidad, a la privacidad y a los derechos de la persona menor de edad.

En cuanto a las medidas podrá ser de desescalada y de contención física. Las primeras, consistirán en todas aquellas técnicas verbales de gestión emocional conducentes a la reducción de la tensión u hostilidad del menor que se encuentre en estado de alteración y/o agitación con inminente y grave peligro para su vida e integridad o para la de otras personas. Respecto a las de contención física, suponen la interposición entre el menor y la persona u objeto que se encuentra en peligro, la restricción física de espacios o movimientos y, en última instancia, bajo un estricto protocolo, la inmovilización física del menor por personal especializado del centro.

Excepcionalmente y solo aplicable a los centros de protección de menores con trastornos de conducta, la medida de contención física podrá consistir en la sujeción de las muñecas del menor con equipos homologados.

Ahora bien, de entre las modalidades de medidas descritas, únicamente las medidas de contención aplicadas en los centros de protección a la infancia y la adolescencia deberán ser comunicadas con carácter inmediato a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal. Asimismo, se anotarán en el Libro Registro de Incidencias, que será supervisado por parte de la dirección del centro y en el expediente individualizado del menor, que debe mantenerse actualizado. En todo caso, la aplicación de medidas de contención requerirá, en todos los casos en que se hiciera uso de la fuerza, la exploración física del menor por facultativo médico en el plazo máximo de 48 horas, extendiéndose el correspondiente parte médico.

Por otra parte, la adopción de medidas de contención física que supongan restricción de espacios y movimientos o la inmovilización del menor, corresponde adoptarlas al Director del Centro o persona, en la que este haya delegado, deberán ser motivadas y notificarse con carácter inmediato a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal.

No obstante, estas medidas de contención tienen un límite, en cuanto no pueden aplicarse a personas menores de catorce años, a las menores gestantes, a las menores hasta seis meses después de la terminación del embarazo, a las madres lactantes, a las personas que tengan hijos e hijas consigo, ni a quienes se encuentren convalecientes por enfermedad grave, salvo que de la actuación de aquellos pudiera derivarse un inminente y grave peligro para su vida e integridad o para la de otras personas.

En fin, conviene precisar que, tanto las medidas de desescalada como de contención deberán aplicarse por personal especializado con formación en materia de derechos de la infancia y la adolescencia, así como en resolución de conflictos y técnicas de sujeción personal.

- b) Medidas y actuaciones en centros de protección específica de menores con problemas de conducta.

La Ley Orgánica 8/2015 modificó la LOPJM y por primera vez y como novedad se reguló el ingreso de menores en centros de protección específicos para menores con problemas de conducta. A tal fin, se introdujo un nuevo capítulo IV al título II de la citada LOPJM —artículos 25 a 35—. Esta regulación específica vino a responder, por un lado, a las peticiones planteadas por instituciones relevantes como el Defensor del Pueblo, la Fiscalía General del Estado y el Comité de los Derechos del Niño, entre otras; y, por otro a lo indicado por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 131 y 132/2010, de 2 de diciembre de 2010 en las que se resolvieron sendas cuestiones de inconstitucionalidad interpuestas, respectivamente, en relación con el artículo 211 del Código Civil y con la disposición final vigésima tercera de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y, con el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si bien, esta situación también fue abordada por la Comisión Especial del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines. Se trata de una modalidad de acogimiento residencial que, represente una medida de protección ante menores con problemas de conducta que pretende desde un enfoque positivo y de oportunidades, integrarlos en un ambiente socioeducativo y terapéutico adaptado a sus necesidades²⁸.

Es, por ello, que estos centros de protección a la infancia tienen en cuenta las especiales características, complejidad, condiciones y necesidades de estos menores, que requieren de una intervención especializada, cuando se encuentren bajo la protección de la Entidad Pública.

Al respecto, la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 establece en su artículo 20.3 que la colocación en hogares de guarda, la *kafala* del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Sólo se realizarán en caso de ser necesario y, asimismo, los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada (artículo 3.3)²⁹.

En este contexto, son cada vez más numerosos los casos de menores que ingresan en estos centros de protección, a petición de sus propias familias, ante situaciones muy conflictivas derivadas de problemas de comportamiento agresivo, inadaptación familiar, situaciones de violencia filiofamiliar y graves dificultades para ejercer la responsabilidad parental. Su situación psicológica y social demanda a las administraciones responsables soluciones diferentes, a las que ofrecen los centros de protección ordinarios a sus familias y, requieren de un ingreso en centros especializados, previo informe sobre su situación social y sobre su estado psíquico³⁰.

Por tanto, estos centros deben proporcionar un marco adecuado para la educación, la normalización de su conducta y el libre y armónico desarrollo de la personalidad de estos menores con problemas de conducta, cuando las instancias familiares y educativas ordinarias no existen o han fracasado. En todo caso, está prevista, como último recurso, la utilización de medidas de seguridad y de restricción de libertades o derechos fundamentales, así como las actuaciones e inter-

venciones que pueden realizarse en los mismos. Como establece el artículo 25.2 y 5 de la LOPJM el acogimiento residencial en estos centros se realizará exclusivamente cuando no sea posible la intervención a través de otras medidas de protección, y tendrá como finalidad proporcionar al menor un marco adecuado para su educación, la normalización de su conducta, su reintegración familiar cuando sea posible, y el libre y armónico desarrollo de su personalidad, en un contexto estructurado y con programas específicos en el marco de un proyecto educativo. Así pues, el ingreso del menor en estos centros y las medidas de seguridad que se apliquen en el mismo se utilizarán como último recurso y tendrán siempre carácter educativo. Y, en el caso de menores con discapacidad, se continuará con los apoyos especializados que vinieran recibiendo, o se adoptarán otros más adecuados, incorporando en todo caso medidas de accesibilidad en los centros de ingreso y en las actuaciones que se lleven a cabo.

Ahora bien, corresponde a la Entidad Pública que ostente la tutela o guarda de un menor, o al Ministerio Fiscal solicitar la autorización judicial para el ingreso del menor en los centros de protección específicos de menores con problemas de conducta. Esta solicitud de ingreso estará motivada y fundamentada en informes psicosociales emitidos previamente por personal especializado en protección de menores. Para el ingreso de un menor en estos centros será necesario que la Entidad Pública o el Ministerio Fiscal recaben previamente la correspondiente autorización judicial, garantizando, en todo caso, el derecho del menor a ser oído según lo establecido en el artículo 9. Dicha autorización se otorgará tras la tramitación del procedimiento regulado en el artículo 778 bis de la LEC, y deberá pronunciarse sobre la posibilidad de aplicarles medidas de seguridad, así como de limitarles temporalmente el régimen de visitas, de comunicaciones y de salidas que pudieran adoptarse.

No obstante, si razones de urgencia, convenientemente motivadas, hiciesen necesaria la inmediata adopción del ingreso, la Entidad Pública o el Ministerio Fiscal podrá acordarlo previamente a la autorización judicial, debiendo comunicarlo al Juzgado competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación del mismo para lo que deberá aportar la información de que disponga y justificante del ingreso inmediato. El Juzgado resolverá en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que reciba la comunicación, dejándose de inmediato sin efecto el ingreso en caso de que no lo autorice³¹.

En todo caso, no podrán ser ingresados en estos centros los menores que presenten enfermedades o trastornos mentales que requieran un tratamiento específico por parte de los servicios competentes (artículo 26 de la LOPJM).

Pues bien, tras este breve *excursus*, procede indicar que, de nuevo, en la Disposición Final octava de la Ley Orgánica 8/2021 se modifica la LOPJM, en concreto, los artículos 27 a 30 en la que se regulan de forma específicas las medidas que se han de adoptar en estos centros, en concreto, de seguridad, de contención y de aislamiento del menor orientadas a la máxima protección del menor frente a cualquier forma de violencia, abuso y en su interés superior.

Respecto a las medidas de seguridad, como dispone el artículo 27 de la LOPJM, deberán aplicarse por personal especializado y con formación en materia de derechos de la infancia y la adolescencia, resolución de conflictos y técnicas de sujeción. Si bien, este personal solo podrá utilizarlas con los menores, como último

recurso y, en concreto, en casos de intentos de fuga, resistencia activa que suponga una alteración grave de la convivencia o una vulneración grave a los derechos de otros menores o riesgo directo de autolesión, de lesiones a otros o daños graves a las instalaciones. Por lo que, solo podrán utilizarse, si fracasan las medidas preventivas y de desescalada, que tendrán carácter prioritario.

Consistirán en la contención del menor, en su aislamiento provisional o en registros personales y materiales.

La adopción de decisiones sobre las medidas de seguridad corresponde al Director del Centro o persona, en la que este haya delegado, exigiendo su motivación y notificación con carácter inmediato a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal. En todo caso, podrán ser recurridas por el menor, el Ministerio Fiscal y la Entidad Pública, ante el órgano judicial que esté conociendo del ingreso, el cual resolverá tras recabar informe del centro y previa audiencia del menor y del Ministerio Fiscal.

En fin, estas medidas de seguridad aplicadas deberán registrarse en el Libro Registro de Incidencias, que será supervisado por parte de la dirección del centro.

Respecto a *las medidas de contención*, solo podrá utilizarlas el personal de los centros previo intento de restauración de la convivencia y de la seguridad a través de medidas de desescalada. La contención física solo podrá consistir en la interposición entre el menor y la persona o el objeto que se encuentra en peligro, la restricción física de espacios y movimientos y, en última instancia, bajo un estricto protocolo, la inmovilización física por personal especializado del centro.

Ahora bien, únicamente y con carácter excepcional será admisible la sujeción de las muñecas del menor con equipos homologados, siempre y cuando se realice bajo un estricto protocolo y no sea posible evitar por otros medios, la puesta en grave riesgo de la vida o la integridad física del menor o de terceros. Esta medida excepcional solo podrá aplicarse por el tiempo mínimo imprescindible, que no podrá ser superior a una hora. Durante este tiempo, la persona menor de edad estará acompañada presencialmente y de forma continua, o supervisada de manera permanente, por un educador u otro profesional del equipo educativo o técnico del centro.

En todo caso, la aplicación de esta medida se comunicará de manera inmediata a la Entidad Pública, al Ministerio Fiscal y al órgano judicial que esté conociendo del ingreso.

De todas formas, recordemos que, la contención mecánica está prohibida en los términos establecidos en el artículo 21 ter de la LOPJM (artículo 28 de la LOPJM).

En cuanto a *la aislamiento provisional de un menor* como otra medida excepcional a adoptar, supone la permanencia de aquel en un espacio adecuado del que se impida su salida. Solo podrá utilizarse en prevención de actos violentos, autolesiones, lesiones a otros menores residentes en el centro, al personal del mismo o a terceros, así como de daños graves a sus instalaciones. Y se aplicará puntualmente en el momento en el que sea preciso y en ningún caso como medida disciplinaria. En todo caso, el aislamiento no podrá exceder de tres horas consecutivas sin perjuicio del derecho al descanso del menor. Durante este periodo de tiempo en que el menor se encuentra en aislamiento, deberá estar acompañado presencialmente y de forma continua, o supervisado de manera permanente por un educador u otro profesional del equipo educativo o técnico del centro (artículo 29 de la LOPJM).

En fin, con relación a los *registros materiales y personales*, se llevarán a cabo con el respeto debido a la dignidad, privacidad y a los derechos fundamentales de la

persona, con el fin de evitar situaciones de riesgo producidas por la introducción o salida del centro de objetos, instrumentos o sustancias que por sí mismos o por su uso inadecuado pueden resultar peligrosos o perjudiciales. Para ello, se utilizarán preferentemente medios electrónicos. Respecto al registro personal y cacheo del menor habrá de efectuarse por el personal indispensable, que requerirá, al menos dos profesionales del centro del mismo sexo que el menor. De implicar alguna exposición corporal esta será parcial, se realizará en lugar adecuado, sin la presencia de otros menores y preservando en todo lo posible la intimidad del menor.

Por otra parte, el personal del centro está autorizado a realizar el registro de las pertenencias del menor, pudiendo retirarle aquellos objetos que se encuentren en su posesión que pudieran ser de ilícita procedencia, resultar dañinos para sí, para otros o para las instalaciones del centro o que no estén autorizados para menores de edad. Si bien, los registros materiales se deberán comunicar previamente al menor siempre que no pudieran efectuarse en su presencia (artículo 30 de la LOPJM)³².

C. Acogimiento transfronterizo

Ahora bien, en esta Ley Orgánica 8/2021 se introduce un tipo de acogimiento nuevo que, es el acogimiento transfronterizo regulado en los artículos 20 ter a 20 quinquies de la LOPJM. En dicho preceptos se regula las condiciones y el procedimiento aplicable, por un lado, a las solicitudes de acogimiento transfronterizo en España de personas menores de edad procedentes de un Estado miembro de la Unión Europea o por un Estado parte del Convenio de La Haya de 1996; y por otro, las solicitudes de acogimiento transfronterizo de menores de edad desde España a otro Estado miembro de la Unión Europea o un Estado parte del Convenio de La Haya de 1996, conforme a los Reglamentos (CE) n.º 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) n.º 1347/2000 y (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores —Reglamento de Bruselas II ter—, o a un Estado parte del citado Convenio de La Haya de 1996. Desde el 1 de agosto de 2022 del Reglamento de Bruselas II ter, en sustitución del Reglamento de Bruselas II bis, el nuevo sistema de regulación de acogimiento transfronterizo en el espacio judicial europeo contemplado en el artículo 82 del citado Reglamento de Bruselas II ter es ya una realidad que, en los próximos años va a requerir de una actuación adecuada y diligente de todas las autoridades implicadas en lo que implica el procedimiento diseñado para su puesta en práctica. Asimismo, con esta regulación se da cumplida traslación legal a los criterios jurisprudenciales fijados tanto en la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 9 de mayo de 2019, como la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 11 de octubre de 2016.

En el primer supuesto de acogimiento transfronterizo señalado, las solicitudes de acogimiento deberán realizarse por escrito y acompañarse de los documentos que la Autoridad Central española —Ministerio de Justicia— requiera para valorar la idoneidad de la medida en beneficio de la persona menor de edad y la

aptitud del establecimiento o familia para llevar a cabo dicho acogimiento. En todo caso, además de la exigida por la normativa internacional aplicable, deberá aportarse un informe sobre el niño, niña o adolescente, los motivos de su propuesta de acogimiento, la modalidad de acogimiento, la duración del mismo y cómo se prevé hacer seguimiento de la medida.

Dichas solicitudes deberán ser remitidas por la Autoridad Central del Estado requirente al objeto de obtener la preceptiva autorización de las autoridades españolas competentes con carácter previo a que se pueda producir el acogimiento.

Recibida la solicitud de acogimiento transfronterizo, la Autoridad Central española comprobará que, la solicitud reúne el contenido y los requisitos señalado en líneas precedentes y la transmitirá a la Administración autonómica competente para su aprobación. Esta, una vez evaluada la solicitud, remitirá su decisión a la Autoridad Central española que, la hará llegar a la Autoridad Central del Estado requirente. El plazo máximo para la tramitación y respuesta de la solicitud será de tres meses.

Sólo en caso de ser favorable el acogimiento, las autoridades competentes de dicho Estado requirente dictarán una resolución que, ordene el acogimiento en España, notificarán a todas las partes interesadas y solicitarán su reconocimiento y ejecución en España, asimismo, directamente ante el Juzgado o Tribunal español territorialmente competente. En todo caso, las solicitudes de acogimiento y sus documentos adjuntos deberán acompañarse de una traducción legalizada en español.

Ahora bien, la Autoridad Central española podrá rechazar las solicitudes de acogimiento transfronterizo cuando: a) El objeto o finalidad de la solicitud de acogimiento no garantice el interés superior de la persona menor de edad para lo cual se tendrá especialmente en cuenta la existencia de vínculos con España; b) La solicitud no reúna los requisitos exigidos para su tramitación. En este caso, se devolverá a la Autoridad Central requirente indicando los motivos concretos de la devolución con el fin de que pueda subsanarlos; c) Se solicite el desplazamiento de una persona menor de edad incurso en un procedimiento penal o sancionador o que haya sido condenada o sancionada por la comisión de cualquier ilícito penal o administrativo; y, d) No se haya respetado el derecho fundamental de la persona menor de edad a ser oída y escuchada, así como a mantener contactos con sus progenitores o representantes legales, salvo si ello es contrario a su superior interés (artículo 20 quater de la LOPJM).

En cuanto a las solicitudes de acogimiento transfronterizo que realicen las autoridades competentes en materia de protección de personas menores de edad por parte de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte del Convenio de La Haya de 1996 se remitirán por escrito a la Autoridad Central española, que las transmitirá a las autoridades competentes del Estado miembro requerido para su tramitación. La tramitación y aprobación de dichas solicitudes se regirá por el Derecho Nacional del Estado miembro requerido. En todo caso, la Autoridad Central española remitirá la decisión del acogimiento requerido a la Autoridad solicitante. En fin, las solicitudes de acogimiento y los documentos adjuntos que se dirijan a una autoridad extranjera deberán acompañarse de una traducción a una lengua oficial del Estado requerido o aceptada por este (artículo 20 quinquies de la LOPJM)³³.

Pues bien, en este contexto, nos parece importante concluir este apartado, señalado que el artículo 1 del citado Reglamento de Bruselas II ter dispone que: “se

aplica a las materias civiles relativas: a) al divorcio, la separación legal y la nulidad matrimonial; b) a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental. 2. Las materias contempladas en el apartado 1, letra b), podrán, en particular, incluir: a) el derecho de custodia y el derecho de visita; b) la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; c) la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes de un menor, de representarlo o de prestarle asistencia; d) *el acogimiento de un menor en un establecimiento o un hogar de acogida*; e) las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de los bienes de un menor. Por su parte, el artículo 82 concreta el procedimiento de acogimiento del menor en otro Estado miembro. Así, cuando un órgano jurisdiccional o una autoridad competente considere el acogimiento del menor en otro Estado miembro, deberá primero obtener la aprobación de la autoridad competente en ese otro Estado miembro. A tal efecto, la autoridad central del Estado miembro requirente transmitirá a la autoridad central del Estado miembro requerido en el que el menor deba ser acogido una solicitud de aprobación, que incluirá un informe sobre el menor y los motivos de su propuesta de acogimiento o asistencia, información sobre cualquier dotación financiera prevista, así como cualquier otra información que considere pertinente, como la duración prevista del acogimiento.

Atendiendo a tal base legal, no sólo ha de estarse ante una decisión de la autoridad competente que pueda adoptar un acogimiento como medida de protección en un litigio sobre responsabilidad parental, sino que dicho acogimiento que está considerando adoptar, tenga un carácter transfronterizo dentro de la Unión Europea. Este carácter transfronterizo del acogimiento viene precedido de la decisión de la autoridad competente del Estado miembro —Estado miembro requirente— de adoptar un acogimiento que ha de hacer efectivo en un hogar —con una o más personas, familiares no— o en un establecimiento o institución, situados en el territorio de otro Estado miembro —Estado miembro requerido—. En todo caso, debe seguirse el procedimiento previsto en el apartado 1 del artículo 82. A tal fin, la solicitud y todo documento suplementario irán acompañados de una traducción a la lengua oficial del Estado miembro requerido o, en caso de que existan varias lenguas oficiales en dicho Estado miembro, a la lengua oficial o una de las lenguas oficiales del lugar en el que se vaya a cursar la solicitud, o a cualquier otra lengua que el Estado miembro requerido haya indicado de forma expresa que puede aceptar. Los Estados miembros comunicarán esta aceptación a la Comisión en virtud del artículo 103³⁴. Este acogimiento solo lo podrá ordenar o concertar el Estado miembro requirente después de que la autoridad competente del Estado miembro requerido haya aprobado dicho acogimiento. La autoridad central de otro Estado miembro podrá informar a un órgano jurisdiccional o a una autoridad competente que considere el acogimiento de un menor sobre un vínculo estrecho del menor con ese Estado miembro. Esto no afectará ni a la legislación ni a los procedimientos nacionales del Estado miembro que considere el acogimiento. El procedimiento para recabar la aprobación se regirá por el Derecho nacional del Estado miembro requerido.

Ahora bien, se establece dos excepciones referidas en este mismo precepto. Así, en primer lugar, no se aplicará cuando el menor deba ser acogido por un progenitor; y, en segundo lugar, permite a los Estados miembros podrán decidir que no es necesaria su aprobación del mencionado apartado 1 del artículo 82 para los

acogimientos dentro de su propio territorio con determinadas categorías de parientes cercanos además de los progenitores. Estas categorías serán comunicadas a la Comisión en virtud del artículo 103. En fin salvo que existan circunstancias excepcionales que lo impidan, la resolución por la que se otorga o deniega la aprobación se comunicará a la autoridad central requirente a más tardar tres meses después de la recepción de la solicitud³⁵.

3. GUARDA PROVISIONAL, VOLUNTARIA Y JUDICIAL

Para la adopción de cualquiera de las guardas indicadas no se necesita de una previa declaración de desamparo. Si bien, para establecer la guarda judicial, se necesita que sea decretada por el Juez en proceso civil (artículos 103.2, 158.6 y 172.2 bis del Código Civil), penal o incluso en expediente de jurisdicción voluntaria; mientras que, para las otras guardas basta una resolución administrativa.

A la guarda judicial se refiere el artículo 19.1 *in fine* de la LOPJM cuando indica que la Entidad Pública deberá asumir la guarda en los términos previstos en el artículo 172 bis del Código Civil, cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda. Por tanto, representa la asunción de una guarda provisional por parte de la Entidad Pública por mandato judicial³⁶.

Por su parte, en el artículo 172.4 del Código Civil se recoge, como hemos precisado en líneas precedentes, la posibilidad de asumir la guarda provisional mediante resolución administrativa, sin declaración previa de desamparo, ni solicitud expresa de los progenitores; mientras tienen lugar las diligencias precisas para la identificación del menor, la investigación de sus circunstancias y la constatación de la situación real de desamparo. La guarda provisional, aunque imprescindible para atender situaciones de urgencia, debe tener límites temporales pues en otro caso podrían generarse situaciones de inseguridad jurídica. Por ello, se prevén las obligaciones de las Entidades y el papel a desempeñar por el Ministerio Fiscal, como superior vigilante de la actuación administrativa. No se trata ni de una guarda judicial, ni a solicitud de los propios progenitores en situación de especial necesidad (guarda voluntaria). Si bien, tendrá carácter necesario. Puede ser de escasa duración temporal o, en fin, derivar en una declaración de riesgo o desamparo. En todo caso, para una parte de la doctrina, el presupuesto objetivo de la guarda voluntaria es el “semidesamparo” consistente “en un estado en que se halla el menor, caracterizado por la carencia de la necesaria asistencia moral y material, siendo los causantes de dicha carencia los mismos que acuden a la Entidad Pública buscando un remedio transitorio”³⁷. De todas formas, el artículo 172.5 *in fine* del Código Civil establece que: “La guarda provisional cesará por las mismas causas que la tutela”.

En cuanto a la guarda voluntaria en el artículo 172 bis del citado cuerpo legal establece que, es la que tiene lugar a petición de los progenitores, no podrá sobrepasar el plazo máximo de dos años, salvo prórroga por concurrir circunstancias excepcionales; de forma que, transcurrido dicho plazo, o la prórroga, el menor debe regresar con sus progenitores o tutores, o ser dictada una nueva medida de protección permanente³⁸.

En fin, en el artículo 172 ter del Código Civil se recoge la prioridad del acogimiento familiar respecto al residencial, y se regula también la posibilidad de acor-

dar, por las Entidades Públicas, estancias, salidas de fin de semana o vacaciones con familias, de origen o alternativas, o instituciones adecuadas para los menores en acogimiento y se establece la posibilidad de que, en los casos de desamparo o guarda a petición de los progenitores, la Entidad Pública pueda fijar una cantidad a abonar por los progenitores o tutores en concepto de alimentos y gastos de cuidado y atención del menor (y de responsabilidad civil por daños)³⁹.

V. LA ADOPCIÓN DE MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS

La regulación originaria de la adopción en el Código Civil ha sido objeto de distintas modificaciones, entre las más importantes hemos de destacar, por un lado, la Ley 27/1987 de 11 de noviembre que lleva a cabo una reforma en profundidad de la institución de la adopción y como establece en su Preámbulo “esta Ley se basa en dos principios fundamentales: la configuración de la misma como instrumento de integración familiar, y el beneficio del adoptado que se sobrepone, con el necesario equilibrio, a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución”. Además se indica en el mismo que, tales finalidades de integración familiar y de consecución, con carácter prioritario del interés del menor, determinan la consagración de la completa ruptura del vínculo que el adoptado mantenía con su familiar de origen; asimismo, en esta norma se regula por primera vez el acogimiento familiar y, aunque, el procedimiento sigue siendo de carácter judicial con intervención del Ministerio Fiscal, se simplifica al desaparecer la intervención notarial a la vez que, se prescinde de determinados asentimientos de personas especialmente vinculadas con el adoptante y adoptado; y, por otro, debemos referirnos a las dos últimas reformas que tienen lugar en la institución como son la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y la Ley 15/2015, de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV). La primera normativa, como señalamos en líneas precedentes, pretende garantizar a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado y constituir una referencia para las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en la materia. Además, incorpora algunas de las novedades que, precisamente, se contenían en algunas normas autonómicas. También se procede a adaptar la legislación española de protección a la infancia y adolescencia a los diferentes acuerdos e instrumentos internacionales ratificados por España. Al respecto interesa destacar el Convenio Europeo en materia de adopción de menores hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008 y ratificado por España el 16 de julio de 2010. Se modifican con la Ley 26/2015 todos los preceptos que regulan la adopción nacional —artículos 175 a 180 del CC— con excepción del artículo 179 y se añade un nuevo artículo 166 bis. Entre las novedades a destacar con esta reforma: en relación con la capacidad de los adoptantes, se establece la incapacidad para adoptar de aquellos que no pueden ser tutores; además de una diferencia de edad máxima entre adoptante y adoptado de cuarenta y cinco años; respecto a la actuación de la Entidad Pública en el procedimiento judicial de adopción se exige que la declaración de idoneidad de los adoptantes sea necesariamente previa a la propuesta de adopción y se modifican los supuestos en que no es preceptiva tal propuesta previa para iniciar el expediente; se equi-

paran las parejas no casadas al matrimonio en materia de adopción; se incluye la posibilidad que pese a la adopción, pueda mantenerse con algún miembro de la familia de origen alguna forma de relación o contacto, a través de visitas o de comunicación, lo que se denomina adopción abierta; y se refuerza el derecho de acceso a los orígenes de las personas adoptadas⁴⁰. También se modifica en esta Ley 26/2015, la Ley 54/2007, de 28 de diciembre de Adopción Internacional que, entendiéndose por esta “aquella en la que un menor considerado adoptable por la autoridad extranjera competente y con residencia habitual en el extranjero, es o va a ser desplazado a España por adoptantes con residencia habitual en España, es o va a ser desplazado a España por adoptantes con residencia habitual en España, bien después de su adopción en el Estado de origen, bien con la finalidad de constituir tal adopción en España” (artículo 1.2); y, la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, en concreto y para los efectos que, nos interesan el artículo 781 que regula el proceso civil contradictorio. Por otra parte, en la Ley 15/2015 se regula el expediente de adopción en los artículos 33 a 42 —derogando con ello los preceptos hasta entonces en vigor de la LEC de 1881 (artículo 1829 a 1832)—.

Ahora bien, la adopción, pese a las modificaciones normativas sobre la materia, no se define en el Código Civil, dejando dicha labor a la doctrina y la jurisprudencia. Para LÓPEZ MAZA se puede definir “como aquel acto por el cual se constituye una relación de filiación entre el adoptante y adoptado. Tras la resolución judicial que constituye la adopción, el adoptado queda integrado en la unidad familiar del adoptante (o adoptantes), de una manera estable e irrevocable (artículo 180.1 del Código Civil) con las excepciones previstas en los artículos 178.2 y 180.2 del Código Civil”⁴¹. Por su parte, PÉREZ ÁLVAREZ señala que “la adopción consiste en una institución jurídica que, pretende reproducir la relación materno y paterno filial de base biológica que une a los hijos con sus progenitores”⁴². Asimismo, para BARBER CÁRCAMO la adopción se presenta como una figura jurídica con una doble naturaleza: “es una clase de filiación y forma de protección de menores. (...) Como forma de protección de menores, se contraponen al acogimiento familiar, pese a su idéntica base de hecho o apariencia, identificándose por la integración más plena posible del adoptado en la familia del adoptante, con la consiguiente ruptura con su familia de origen”⁴³.

Se trata de una medida definitiva que, opera esencialmente, cuando una vez constatada la imposibilidad de reintegrar al menor en su entorno familiar⁴⁴, de no adoptarse otra medida de protección como el acogimiento familiar permanente, y, consecuencia de otras medidas previas de protección como el acogimiento familiar y residencial. En todo caso, satisface las exigencias propias del interés del menor desde la perspectiva del artículo 2 de la LOPJM y el artículo 9 de la Convención de Derechos del Niño⁴⁵.

1. REQUISITOS SUBJETIVOS DE LA ADOPCIÓN. ADOPTANTE Y ADOPTADO

El artículo 175 del Código Civil contiene los requisitos subjetivos que debe cumplir el adoptante/s y el adoptado/s. Consta de cinco apartados, uno más que en su redacción anterior. El apartado primero, se dedica a los requisitos que debe cumplir el adoptante; el apartado segundo, a los requisitos que debe cumplir el

adoptando; el apartado tercero, se refiere a las personas que no pueden ser adoptadas; el apartado cuarto, contiene la previsión de dos supuestos de adopción: unipersonal y dual —conjunta o sucesiva— y la posibilidad de una nueva adopción en caso de muerte del adoptante o que sufra la exclusión prevista en el artículo 179 del Código Civil; y el apartado quinto, se refiere a la posibilidad de adopción de dos cónyuges⁴⁶ o de una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, pese a la separación o divorcio o ruptura de la relación de los mismos que, conste fehacientemente con anterioridad a la propuesta de adopción.

Como novedades en este ámbito subjetivo, como hemos anticipado, hay que destacar que, se amplía la diferencia mínima de edad entre el adoptante y adoptado; se fija una edad máxima para adoptar; se posibilita que las parejas unidas por análoga relación de afectividad a la conyugal puedan adoptar; en caso de adopción de mayores de edad o menores emancipados se establece un plazo mínimo de un año de convivencia entre adoptantes y adoptado; y la posibilidad de adopción en caso de separación, divorcio o ruptura de la pareja estable en caso que el adoptando se encontrara en acogimiento permanente o en guarda con fines de adopción⁴⁷.

Sobre tales bases, con respecto al adoptante o adoptantes el artículo 175.1 del Código Civil establece que, el adoptante debe ser mayor de veinticinco años. Además de la plena capacidad de obrar, se impone un requisito de edad para adoptar⁴⁸. Cuando sean dos los adoptantes —adopción conjunta simultánea o sucesiva— bastará con que uno de ellos cumple con este requisito de edad⁴⁹. Si bien, como precisa LIÉBANA ORTIZ “el cónyuge o pareja de análoga relación de afectividad menor de veinticinco años, debe ser en todo caso mayor de edad o menor emancipado”⁵⁰. Ahora bien, se precisa en la doctrina que, pese al silencio del Código Civil en este punto, esta misma regla mínima de edad se aplica también al caso de adopción de hijo biológico del cónyuge o pareja de hecho; por lo que si el progenitor biológico tiene al menos veinticinco años, no será necesario que lo tenga el adoptante; si, por el contrario, ninguno tiene dicha edad no se podrá adoptar hasta que, alguno de ellos alcance dicha edad⁵¹. Como se ha señalado, el adoptante debe tener plena capacidad de obrar, por lo que, no podrán ser adoptantes las personas con discapacidad con medidas de apoyo representativas⁵².

Por otra parte, es necesario que entre el adoptante y adoptado exista una diferencia de edad que no puede ser inferior a dieciséis años —antes catorce años— en la línea con lo dispuesto en el artículo 9.1 del Convenio europeo en materia de adopción⁵³. Esta diferencia de edad mínima se exige respecto de ambos adoptantes en los casos de adopción conjunta⁵⁴. Ahora bien, como indicamos, representa una importante novedad, la fijación de una edad máxima para adoptar, así se establece en el artículo 175.1 del Código Civil, una diferencia máxima de edad de cuarenta y cinco años⁵⁵, salvo en los supuestos previstos en el artículo 176.2 del Código Civil⁵⁶. Si bien, esta excepción, ante la redacción un tanto confusa del citado artículo 175.1, ha dado lugar en la doctrina al debate sobre si alcanza solo a la edad máxima o también a la mínima. Frente a quienes optan por limitarlo a la edad máxima⁵⁷, no faltan tampoco quienes lo aplican a ambas. Así entre estos últimos CALLEJO RODRÍGUEZ señala que, esta posición es la más acorde con el Convenio europeo de adopción y además, si los supuestos del artículo 176.2 constituyesen excepciones solo a la diferencia máxima de edad, se habría recogido de forma separada y no en un inciso relativo a ambas diferencias de edad⁵⁸. En todo

caso, parece que, por la colocación sistemática de la excepción opera respecto de la diferencia máxima de edad, y además resulta más lógico excepcionar la edad máxima que la mínima.

De todas formas, y referida a la exigencia de edad máxima, se excepciona la misma en el caso que se adopten grupos de hermanos o menores con necesidades especiales. En todo caso, como se indica en el Preámbulo de la Ley 26/2015 la diferencia de edad de cuarenta y cinco años se refiere a la capacidad de los adoptantes⁵⁹.

Por otra parte, hay que señalar que, aunque no hay referencia legal de ello, resulta evidente que, quien quiera adoptar, ha de tener capacidad para prestar el consentimiento exigido para constituir la adopción (artículo 177.1 del Código Civil).

En este contexto, no pueden ser adoptantes los que no pueden ser tutores por incurrir en alguna causa de inhabilidad contenida en los artículos 243 y 244 del Código Civil, sin que sea necesaria una resolución administrativa, pues actúa de forma automática y coincide con la inhabilidad para ser acogedor (artículo 177 ter 1.2 del Código Civil)⁶⁰. Se trata, como señala PÉREZ ÁLVAREZ, de una prohibición de carácter absoluta⁶¹; y además opera como presupuesto previo a la propia declaración de idoneidad⁶².

La adopción, como regla general, sigue siendo individual, salvo que los adoptantes sean matrimonio o pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, en cuyo caso la adopción es conjunta —simultánea o sucesiva— (artículo 175.4 del Código Civil).

En cuanto al adoptando, solo puede serlo los menores de edad no emancipados (artículo 175.2 del Código Civil). Aunque no se exige una edad mínima para ser adoptado, el *nasciturus* no puede ser adoptado, pues, entre otras exigencias la madre no puede prestar el asentimiento a la adopción hasta transcurrido seis semanas desde el parto y además, como acertadamente se indica, el adoptado debe tener capacidad jurídica⁶³.

No pueden ser adoptados los mayores de edad y los menores emancipados⁶⁴; no obstante, será posible la adopción en estos supuestos, cuando inmediatamente antes de la emancipación, hubiera existido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes o de convivencia estable con ello de al menos un año (artículo 175.2 del Código Civil)⁶⁵. Ya no se exige que, la convivencia anterior a la emancipación sea ininterrumpida ni que se haya iniciado antes de contar el adoptando con la edad de catorce años. Ahora bien, se ha considerado al respecto que, el hecho que la convivencia o el acogimiento haya tenido lugar inmediatamente antes de la emancipación, no significa que debe haber una continuidad en la misma, admitiéndose una convivencia o acogimiento a plazo, si bien con la exigencia que, todos los plazos sumen un total de un año y que se cumpla tal exigencia inmediatamente antes de la emancipación⁶⁶. En todo caso, el plazo de un año que ha de tenerse en cuenta ha de ser anterior a la emancipación y no a la adopción⁶⁷. Además, la convivencia ha de ser estable, siendo no obstante la misma compatible con separaciones físicas temporales⁶⁸. De todas formas, no es necesario que se mantenga la convivencia en el momento de la adopción, pues, el propio acogimiento cesa tras la mayoría de edad o emancipación del menor (artículo 173.4 d) del Código Civil). Si bien, hay que señalar que, para la constitución de la adopción en estos supuestos no será necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública (artículo 176.2 4.ª del Código Civil).

Por otra parte, no puede adoptarse a: 1. Un descendiente, cualquiera que sea su grado y tipo de filiación; 2. A un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad; 3. A un pupilo por su tutor hasta que no se haya aprobado definitivamente la cuenta de la tutela (artículo 175.3 del Código Civil). Si concurre tutor de la persona y del patrimonio de forma separada (artículo 236.1 del Código Civil) la prohibición afecta al segundo y no al primero⁶⁹. No obstante, esta excepción a la posibilidad de adopción referida al tutor se exceptúa: 1. Cuando se aprueben definitivamente las cuentas de la tutela; 2. Cuando haya prescrito la acción de rendición de cuentas —cinco años contados desde que el tutor cesó en el cargo (artículos 279.2 y 1972 del Código Civil)—⁷⁰. En todo caso, la LJV permite acumular el expediente de constitución de la adopción con la rendición de cuentas (artículos 15 y 51). De todas formas, las prohibiciones descritas tienen carácter relativo⁷¹.

Ahora bien, nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice de forma conjunta —simultánea o sucesivamente— por ambos cónyuges o por una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal (artículo 175.4 del Código Civil). Respecto de la pareja de hecho puede ser heterosexual o homosexual y el debate se plantea sobre si ha de estar inscrita o no, y si debe existir o no un previo periodo de convivencia. Del propio tenor literal, se entiende que no sería necesaria su inscripción y tampoco un periodo determinado de convivencia —como no se exige al matrimonio—; en todo caso, habrá que atender a los requisitos fijados en las legislaciones autonómicas sobre parejas de hecho⁷².

Por otra parte, resulta indiferente que, el matrimonio se haya celebrado antes o después de la adopción, pues se admite que el matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permita al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. Esta previsión resultará también aplicable a las parejas de hecho que, se constituyan con posterioridad (artículo 175.4 del Código Civil).

En todo caso, son dos las situaciones en las que el adoptado puede concurrir a una nueva adopción: 1. En caso de fallecimiento del adoptante: si son dos los adoptantes deben fallecer ambos; pues la muerte de uno de ellos no extingue la adopción, que continúa con el otro sobreviviente; 2. Cuando el adoptante sufra la exclusión prevista del artículo 179 del Código Civil. A estos dos supuestos, LÓPEZ MAZA añade otro, como es el caso de adopción conjunta, uno de los adoptantes fuera excluido y el otro falleciera⁷³.

De todas formas, ni el matrimonio ni la pareja de hecho determina la constitución de adopción conjunta, pues, es posible la adopción unipersonal por uno solo de los cónyuges o miembro de la pareja, siempre que medie el asentimiento a la adopción por parte del cónyuge o miembro de la pareja de hecho que, no sea adoptante (artículo 177.2.1 del Código Civil)⁷⁴.

Si bien, el matrimonio ulterior o la constitución de la pareja de hecho pueden dar lugar a la adopción conjunta sucesiva, al permitirse, como hemos señalado, la adopción de los hijos del cónyuge o la pareja de hecho (artículo 175.4 del Código Civil).

Ahora bien, una regla especial se establece en los supuestos de separación, divorcio o ruptura de la pareja antes de la propuesta de adopción, así si el adoptando se encuentra el acogimiento permanente (artículo 173 bis 2 del Código Civil) o guarda con fines de adopción (artículo 176 bis del Código Civil) de dos cónyuges o pareja unida por relación análoga a la conyugal, la separación o el divorcio legal o la ruptura de la relación de la pareja que conste fehacientemente con anterioridad

a la propuesta de adopción, no impedirá que pueda promoverse la adopción conjunta. Para ello será necesario acreditar la convivencia afectiva del adoptante con ambos cónyuges o miembros de la pareja unida por análoga relación a la conyugal durante al menos dos años anteriores a la propuesta de adopción⁷⁵. La referencia al acogimiento permanente se entiende por la doctrina que, constituye un error del legislador, pues, tal medida de protección del menor tiene un carácter estable y pretender ser una alternativa a la adopción. La referencia debería haber sido al acogimiento familiar temporal⁷⁶. En todo caso, no parece necesario que a lo largo de toda la convivencia requerida se encuentre el menor bajo estas formas de guarda. Solo se exige su concurrencia en el momento de la propuesta de adopción⁷⁷. El plazo de dos años se entiende que, es suficiente para una convivencia estable y que se consolide su relación con los adoptantes⁷⁸. De todas formas, el artículo 176.2.3.^a del Código Civil señala que no se requerirá propuesta previa de la Entidad Pública cuando el adoptando lleve más de un año en guarda con fines de adopción. Por lo que, en este caso que, se exige dos años bajo esta forma, no se podría solicitar por ambos cónyuges la adopción sin necesidad de propuesta previa hasta que transcurra tal plazo de dos años. No obstante, BARBER CÁRCAMO señala que esa convivencia puede haber tenido lugar bajo otra forma de guarda. Dejando en manos del juez valorar que el interés del menor aconseje esta adopción conjunta⁷⁹.

2. EL PROCEDIMIENTO PARA LA CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN

El proceso de adopción tiene dos fases: una primera de carácter administrativo que se desarrolla ante la Entidad Pública. Está regulada en el artículo 176 del CC y ha sido objeto de tratamiento normativo por casi todas las Comunidades Autónomas en base a la competencia atribuida en el artículo 148.20 de la Constitución española en materia de asistencia social y que ha determinado su legislación sobre acogimiento y adopción⁸⁰; y, la segunda, regulada también en el artículo 176 del CC y en los artículos 33 a 42 de la LJV.

El citado artículo 176 ha sido reformado tanto por la Ley 15/2015 como por la Ley 26/2015 y contiene cuatro apartados, uno más que la versión anterior. Así, el antiguo apartado tercero es el ahora apartado cuarto y se incorporar un nuevo apartado tercero.

A. *La fase administrativa*

Se desarrolla ante la Entidad Pública que tiene encomendada la protección de menores en el territorio de la correspondiente Comunidad Autónoma. Los futuros adoptantes han de formular la correspondiente solicitud ante la Entidad Pública e inscribirse en el registro de adoptantes que exista en tales Entidades. Después de llevar a cabo tales trámites, comienza la fase administrativa y la Entidad Pública somete a los futuros adoptantes inscritos a la oportuna declaración de idoneidad, salvo en los supuestos del artículo 176.2.2 del Código Civil.

La competencia que se atribuye a la Entidad Pública en relación con la promoción del expediente de adopción señala PÉREZ ÁLVAREZ “es exclusiva y tiene

carácter objetivo. Exclusiva en el sentido que, salvo los casos en que no se requiere propuesta previa de la Entidad, la Administración es la única que puede promover la adopción. Y tiene carácter objetivo en el sentido que, como regla general, la propuesta administrativa se precisa para promover el expediente de jurisdicción voluntaria con independencia de si la adopción se refiere o no a un menor desamparado”⁸¹.

Se entiende por idoneidad “la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidad que conlleva la adopción” (artículo 176.3 del Código Civil). Esta definición coincide con la ya contenida en el artículo 10.1 de la Ley 54/2007 de Adopción internacional⁸². Además, este precepto —reformado por la Ley 26/2015— establece en su apartado quinto la posibilidad que, las personas que se ofrecen para la adopción, puedan ser declaradas idóneas simultáneamente para la adopción nacional e internacional, siendo compatible la tramitación de su ofrecimiento para los dos ámbitos. Esta idoneidad no solo debe tener existencia en el momento presente, sino también mantenerse en el futuro “lo que implica estar motivado para desempeñar las obligaciones propias de la filiación adoptiva”⁸³. De todas formas, esta capacidad, aptitud y motivación para ejercer la responsabilidad parental viene a ser la misma que, se exige a los progenitores biológicos, pues, estamos operando en el ámbito de la potestad parental⁸⁴.

Ahora bien, esta declaración de idoneidad debe ser previa a la propuesta de adopción por parte de la Entidad Pública —lo que representa una importante novedad— y determina su carácter abstracto. Por otra parte, será necesario para emitir tal declaración de idoneidad llevar a cabo una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar, relacional y social de los adoptantes, así como su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias. Además, conforme el apartado cuarto del artículo 176.3 del Código Civil las personas que, se ofrezcan para la adopción deben asistir a las sesiones informativas y de preparación organizadas por la Entidad Pública o por Entidad colaboradora autorizada. Esta última exigencia también se establece en el artículo 11.1 de la Ley 54/2007 con carácter previo y obligatorio a la solicitud de declaración de idoneidad en el supuesto de adopción internacional. Asimismo, en el artículo 178.4 *in fine* del Código Civil se establece que, deberá constar en la declaración de idoneidad, si las personas que se ofrecen para la adopción, aceptarían una adopción abierta.

El Código Civil no establece un plazo de vigencia de la declaración de idoneidad. Se entiende que, una vez que, la Entidad Pública declara idóneos a los futuros adoptantes, deberá remitir inmediatamente al juez la propuesta de adopción junto a tal declaración. No obstante, la doctrina considera posible aplicar por analogía el plazo de tres años desde la fecha de su emisión por la Entidad Pública que, el artículo 10.3 de la Ley 54/2007 dispone para la vigencia de la declaración de idoneidad y de los informes psicosociales referentes a la misma en el supuesto de adopción internacional⁸⁵.

La declaración de idoneidad se ha de formalizar mediante la correspondiente resolución por parte de la Entidad Pública. Contra la resolución desestimatoria de idoneidad emitida por ésta, cabe formular recurso de oposición por la vía del artículo 780 de la LEC en el plazo de dos meses desde la notificación. Este procedimiento tendrá carácter preferente (artículo 779.1 de la LEC) y será competente

el juez de Primera Instancia del domicilio de la Entidad Pública, o, en su defecto, el del domicilio del adoptante (artículo 779.2 de la LEC). De todas formas, que la Entidad Pública tenga como competencia el valorar la idoneidad de los adoptantes, esto no impide que el juez pueda en fase judicial, realizar un control de la misma en la fase judicial⁸⁶.

En este contexto, el artículo 176.3.3 del Código Civil contiene una serie de supuestos relativos a personas que no pueden ser declaradas idóneas: 1. Quienes se encuentren privados de la patria potestad; 2. Quienes tengan suspendido su ejercicio; 3. Quienes tengan confiada la guarda de su hijo a la Entidad Pública. Estas causas operan *a priori*, de forma automática sin necesidad de pronunciamiento expreso de la Administración⁸⁷.

Una vez fijada la declaración de idoneidad de los adoptantes, se ha de proceder a formular propuesta de adopción por parte de la Entidad Pública que, tendrá lugar por escrito. En dicha propuesta de adopción se harán constar: 1. Las condiciones personales, familiares y sociales y los medios de vida del adoptante o adoptantes asignados y sus relaciones con el adoptando, con detalle de las razones que justifiquen la elección de aquél o aquéllos. Tales relaciones previas pueden haber tenido lugar mediante un acogimiento familiar temporal (artículo 173 bis 2 b) del Código Civil) o por una guarda con fines de adopción (artículo 176 bis del Código Civil); 2. En su caso, respecto de quienes han de prestar su asentimiento o ser oídos, deberá indicarse el último domicilio conocido del cónyuge del adoptante o de la persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad a la conyugal o de los progenitores, tutor, familia acogedora o guardadores del adoptando; 3. Se ha de indicar si unos y otros han formulado su asentimiento ante la Entidad Pública o en documento público (artículo 35.2 a), b) y c) de la LJV). Además, junto con la propuesta se presentarán los documentos que acrediten los extremos indicados, la declaración previa de idoneidad del adoptante para el ejercicio de la patria potestad emitida por la Entidad Pública, si procediere y cuantos informes o documentos se juzgen oportunos (artículo 35.4 de la LJV). En todo caso, el escrito de propuesta de la Entidad Pública deberá cumplir con los requisitos formales de toda solicitud de incoación de expediente de jurisdicción voluntaria establecidos en el artículo 14 de la LJV.

Ahora bien, no será necesaria propuesta previa de la Entidad Pública ni declaración de idoneidad, bastando el ofrecimiento para la adopción, cuando en el adoptando concorra alguna de las circunstancias siguientes: 1. Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad⁸⁸; 2. Ser el hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal —esta última resulta una novedad introducida por la reforma—; 3. Llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo la tutela del adoptante por el mismo tiempo; 4. Ser mayor de edad o menor emancipado. Este supuesto se debe relacionar con el artículo 175.2 de CC que, requiere un acogimiento o convivencia estable con el adoptando que haya durado más de un año.

En todos estos casos, como hemos señalado, la solicitud de la adopción la hace directamente el adoptante al juez —sin participación alguna de la Entidad Pública ni siquiera a los efectos de ser oída (artículo 177.3 del Código Civil)—. El artículo 35.3 de la LJV establece que se presentará tal solicitud por escrito que deberá expresar: 1. Las indicaciones señaladas en el artículo 35.2 en cuanto fueran aplicables; 2. Las alegaciones y pruebas conducentes a demostrar que en el adop-

tando concurre algunas de las causas contenidas en el citado artículo 176.2.2 del Código Civil. En todo caso, con dicho ofrecimiento para la adopción se presentarán los documentos acrediten los extremos contenidos en el mencionado artículo 35.2 y cuantos informes y documentos se estimen oportunos.

Sobre tales bases, el artículo 176.4 del Código Civil también establece que, en los casos de los números 1, 2 y 3 del apartado segundo podrá constituirse la adopción, aunque el adoptante hubiera fallecido —adopción *post mortem*— siempre que éste hubiera prestado su consentimiento ante el juez o el mismo conste en documento público o en testamento en cualquiera de sus formas⁸⁹. La constitución de este tipo de adopción no tiene carácter automático, pues, precisa el consentimiento del adoptando mayor de doce años (artículo 177.1 del Código Civil), además de quedar al arbitrio judicial su constitución.

La resolución judicial que constituye la adopción *post mortem* se retrotrae a la fecha de prestación del consentimiento por el adoptante con la finalidad de poder ser considerado hijo póstumo a efectos hereditarios, pues, el fallecimiento tiene lugar con posterioridad a la constitución de la adopción.

B. *La fase judicial: el expediente de adopción*

Se tramita ante el juez a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria contenido en los artículos 33 a 42 de la LJV.

La Entidad Pública o el adoptante, cuando estuviera legitimado para ello, pueden solicitar el inicio del expediente ante el Juez de Primera Instancia correspondiente a la sede de la Entidad Pública que tenga encomendada la protección del adoptando, y, en su defecto, el del domicilio del adoptante (artículos 33 y 35.1 de la LJV). La tramitación del expediente de adopción tendrá carácter preferente y se practicará con intervención del Ministerio Fiscal y no será necesaria la asistencia de abogado ni de procurador (artículo 34 de la LJV). El artículo 14.3 de la LJV señala al respecto que, se facilitará al interesado un impreso normalizado para formular la solicitud, no siendo en este caso necesario que, se concrete la fundamentación jurídica de lo solicitado. La solicitud se podrá presentar por cualquier medio, incluida la forma electrónica.

En todo caso, el juez puede ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas para asegurarse que la adopción es en interés del adoptando. Por otra parte, el expediente se practicará con intervención del Ministerio Fiscal que deberá ser oído e informar previamente sobre la constitución o no de la adopción (artículo 4 de la LJV). Si se opone el trámite del expediente se convierte en contencioso, y el Letrado de la Administración de Justicia citará a los interesados a una vista y se continuará por los trámites de juicio verbal (artículo 39.3 de la LJV)⁹⁰.

El expediente de adopción termina con auto que, tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad y tiene efectos constitutivos de la adopción (artículo 176.1 del Código Civil). Contra el auto que resuelve el expediente cabe recurso de apelación, que tendrá carácter preferente, sin que produzca efectos suspensivos (artículo 39.4 de la LJV). El testimonio de la resolución firme en que se acuerde la adopción se remitirá al Registro Civil correspondiente, para que se practique su inscripción (artículo 39.5 de la LJV).

3. CONSENTIMIENTOS, ASENTIMIENTOS Y AUDIENCIAS EN EL EXPEDIENTE DE ADOPCIÓN

Como regla general los consentimientos, asentimientos y audiencias tendrán lugar en presencia del Juez que tramita el expediente y debe estar presente el Ministerio Fiscal (artículo 4 de la LJV). Se ha de citar a todas las personas que van a prestar su consentimiento, a asentir o ser oídas. Para ello ha de constar tanto en la propuesta previa de la Entidad Pública como en el ofrecimiento para la adopción el último domicilio de todos los interesados (artículo 35.2 b) de la LJV). Ahora bien, si en la propuesta de adopción o en el ofrecimiento para la adopción no constase el domicilio de los que deban ser citados, el Letrado de la Administración de Justicia practicará inmediatamente las diligencias oportunas para la averiguación del domicilio conforme a lo prevenido en el artículo 156 de la LEC y los citará ante el Juez dentro de los quince días siguientes, debiendo garantizar la debida reserva. En la citación a los progenitores se hará constar, en su caso, la circunstancia por la cual basta su audiencia (artículo 38.1 de la LJV). Si se trata de citaciones que deban prestar su asentimiento o ser oídas se incluirá el apercibimiento que si fueran citados personalmente y no compareciesen se seguirá el trámite sin más citaciones. Si no respondieran a la primera citación y no se hubiera realizado la citación en su persona, se les volverá a citar para dentro de quince días siguientes, con el apercibimiento que, aunque no comparezcan, el expediente seguirá su trámite (artículo 38.2 de la LJV). Cuando no haya podido conocerse el domicilio o el paradero de alguna persona que deba ser citada, o si citada debidamente, con los apercibimientos oportunos, no compareciese, se prescindirá del trámite y la adopción que se acuerde será válida, sin perjuicio, en su caso, del derecho que tienen los progenitores de solicitar la extinción de la adopción en los términos que establece el artículo 180.2 del Código Civil (artículo 38.3 de la LJV).

A. *Personas que han de consentir la adopción*

Señala PÉREZ ÁLVAREZ que el consentimiento “supone la emisión de una declaración manifestando la voluntad de querer ser adoptado por alguien en concreto” y añade que “de configura como un acto jurídico voluntario, personalísimo, irrevocable, puro y formal”⁹¹. Deben prestar el consentimiento para la adopción el adoptante o adoptantes⁹² y el adoptado mayor de doce años (artículo 177.1 del Código Civil y artículo 36 de la LJV), esto es, las personas que se va a ser parte del vínculo de adoptivo. Deben para ello “emitir una declaración de voluntad aceptando de una manera libre y plena la adopción”⁹³.

Se debe prestar ante el juez (artículos 177.1 del Código Civil y 36 y 37 de la LJV), salvo en el supuesto contenido en el artículo 176.4 que, posibilita que se preste en documento público o en testamento cuanto tiene lugar el fallecimiento del adoptante. Si el adoptante no ha fallecido, y hubiera prestado su consentimiento ante la Entidad Pública, debe volver a prestarlo ante el juez⁹⁴.

En todo caso, cuando la adopción es conjunta, corresponde a ambos adoptantes prestar el consentimiento. Si el consentimiento ha de prestar el adoptando ha de hacerlo, si es mayor de doce años con independencia de su grado de madurez y sin asistencia de ningún representante legal. Si es menor de doce años, aunque

tenga madurez suficiente para entender y querer el acto, no tiene que prestarlo, pero podrá ser oído. No prestará el consentimiento ni será oído el menor de doce años que, no tiene madurez suficiente⁹⁵.

Si el adoptando es persona con discapacidad puede prestar el consentimiento. Igualmente, si se establece una medida de apoyo asistencial. De ser esta representativa, al ser un acto personalísimo, no procederá el consentimiento por la medida de apoyo nombrada (curador) (artículo 287.1 del Código Civil)⁹⁶.

En todo caso, ha de prestarse el consentimiento expreso a la adopción ante el órgano jurisdiccional, no valiendo el consentimiento tácito. Por lo que, no procede declaración de la adopción *post mortem*, si consta que el solicitante falleció antes de prestar su consentimiento en sede judicial⁹⁷.

El consentimiento del adoptante o adoptantes y del adoptando mayor de doce años son obligatorios para constituir la adopción, por lo que su omisión determina el sobreseimiento del expediente y que aquella no pueda tener lugar⁹⁸. Si bien, el juez no está vinculado por ellos, pues, puede denegar la adopción, pese a existir el consentimiento del adoptante/es o del adoptado si no resulta conveniente al interés del menor⁹⁹. De todas formas, estos consentimientos son revocables en tanto no recaiga auto judicial firme que, constituya la adopción¹⁰⁰.

B. *Personas que han de asentir la adopción*

LÓPEZ MAZA señala que el asentimiento constituye “una declaración de voluntad permitiendo o admitiendo la adopción”¹⁰¹. Para PÉREZ ÁLVAREZ representa una suerte de “autorización a la adopción a constituir que, implícitamente, conlleva una aceptación de las consecuencias que ocasionará a quien asiente”¹⁰². Lo cierto es que, las personas que van a asentir la adopción no son parte de la relación adoptiva, pero van a resultar afectadas —personal y patrimonialmente— por la adopción que se constituya¹⁰³.

El artículo 37.1 de la LJV señala expresamente que deberá prestarse el asentimiento ante el juez. Si bien, no será necesario el asentimiento, cuando se hubiera prestado con anterioridad a la iniciación del expediente ante la correspondiente Entidad Pública o en documento público, salvo que hubieran transcurrido más de seis meses desde que lo hicieron. Por lo que, en estos casos, el asentimiento tiene un plazo de validez de seis meses, transcurridos los mismos sin que la Entidad Públicas hubiese iniciado la tramitación judicial del expediente, deberá emitirse de nuevo ante el juez¹⁰⁴. En todo caso, si el asentimiento se expresa ante la Entidad Pública o en documento público, deberá remitirse ante el juez que, conoce el expediente junto con la propuesta de adopción.

Deben asentir la adopción: 1. El cónyuge o persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal —lo que representa una novedad—, salvo que medie separación o divorcio legal o ruptura de la pareja que conste fehacientemente, excepto en los supuestos en los que la adopción se vaya a formalizar de forma conjunta¹⁰⁵. Se trata de separación legal o divorcio —error del legislador la calificación de divorcio legal, del mismo supuesto de divorcio (pues, ya no son cónyuges), y, además, no se aplica a la separación de hecho—. La no necesidad de asentimiento en caso de separación o divorcio o ruptura de la pareja se diferencia del supuesto

contenido en el artículo 175.5 del Código Civil pues, en este caso, se produce antes de la propuesta previa de adopción y estando el menor adoptando en acogimiento temporal o en guarda con fines de adopción, mientras que en el supuesto que estamos analizando, tiene lugar durante la tramitación del expediente y en caso de no darse este supuesto, habrían de consentir ambos en caso de adopción conjunta. De todas formas, la redacción del artículo 177.2 del Código Civil es un tanto confusa pues, la fase “excepto en los supuestos en los que la adopción se vaya a formalizar de forma conjunta” opera no como tal excepción, porque como hemos señalado, de no mediar separación, divorcio o ruptura de la pareja sería necesario el consentimiento de los dos adoptantes y además en el caso que, dándose las exigencias que determina el artículo 175.5 del Código Civil se promueva la adopción conjunta tras la separación, divorcio o ruptura de la pareja, ambos deberán prestar el consentimiento¹⁰⁶; y, 2. Los progenitores del adoptando que no esté emancipado¹⁰⁷. Si bien, haya varios supuestos en los que se excepciona la prestación de tal asentimiento: A. Cuando los progenitores estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación¹⁰⁸. Ha de ser una privación total y no una mera suspensión del ejercicio de la patria potestad o privación parcial. Si bien, como aclara el artículo 177.2.2 del Código Civil, la necesidad o no de asentimiento en estos casos solo podrá apreciarse en el procedimiento judicial contradictorio que se tramitará conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Precisamente, el artículo 781 de la LEC establece el procedimiento a seguir. Así cuando los progenitores citados, comparezcan y reclamen su derecho a asentir la adopción, se suspenderá el expediente y se les dará un plazo de quince días para interponer demanda, siendo competente el mismo juez que está conociendo el expediente de adopción (artículo 781.1 de la LEC y artículo 37.2 de la LJV). Si la demanda se presenta fuera de plazo, el Letrado de la Administración de Justicia dictará decreto, dando por finalizado el trámite y alzaré la suspensión del expediente de adopción, que continuará tramitándose conforme a la LJV (artículo 37.2.3 de la LJV y artículo 781.2 de la LEC). Si bien, el decreto del Letrado de la Administración de Justicia será recurrible directamente en revisión ante el tribunal. Una vez firme la resolución, no se admitirá ninguna reclamación posterior de los mismos sujetos sobre la necesidad de asentimiento para la adopción de que se trate. Ahora bien, si la demanda se presenta dentro de plazo, el Letrado de la Administración de Justicia dictará decreto declarando contencioso el expediente de adopción y acordará seguir su tramitación conforme a lo dispuesto en el artículo 781 de la LEC por los trámites de juicio verbal como pieza separada conforme al artículo 753 de la LEC —la demanda se tramitará en el mismo procedimiento de adopción—. Una vez firme la resolución que se dicte en la pieza separada sobre la necesidad de asentimiento de los progenitores del adoptando, el juez resolverá a continuación sobre la adopción en ese mismo procedimiento (artículo 781.3.2 de la LEC). El auto que ponga fin al procedimiento será susceptible de recurso de apelación (artículo 781.1.3.IV de la LEC), que tendrá efectos suspensivos.

Tampoco procede el asentimiento de la madre/padre biológicos ante la suspensión de la patria potestad por el trascurso de dos años desde la notificación de la declaración de la situación de desamparo sin oposición a la misma¹⁰⁹. O el trascurso de más de dos años desde que se desestimara la oposición formulada frente a la declaración de desamparo de los menores y no consta acreditado que se haya producido una modificación significativa de las circunstancias que dieron lugar

a dicha declaración; además, puede darse el caso de una perfecta integración y vinculación de los menores con la familia de acogida¹¹⁰.

2. No será necesario el asentimiento de los progenitores del adoptando cuando se encuentren imposibilitado para ello, que deberá apreciar el juez motivadamente en la resolución que constituya la adopción (artículo 177.2.º apartado segundo del Código Civil). La imposibilidad de asentir puede deberse a múltiples causas: falta de capacidad física o psíquica —en caso de persona con discapacidad habrá que estar a la existencia o no de medidas de apoyo—, ausencia de los progenitores o su fallecimiento¹¹¹.

3. Tampoco puede asentir los progenitores que tuvieran suspendida la patria potestad cuando hubieran transcurrido dos años desde la notificación de la declaración de la situación de desamparo, en los términos previstos en el artículo 172.2 del Código Civil, sin oposición a la misma o cuando, interpuesta en plazo, hubiera sido desestimada. Para que resulte operativa esta excepción a la prestación de asentimiento es necesario que haya una situación de desamparo; que hayan transcurrido dos años desde la notificación de la resolución por la que se declara la situación de desamparo; y que, los progenitores no se hayan opuesto a tal declaración de desamparo o a cualquier medida de protección que se haya adoptado por la Entidad Pública competente¹¹². En todo caso, se penaliza el desinterés de los progenitores, se “castiga” su inacción al no impugnar u oponerse a la declaración de desamparo y a la medida de protección acordada por la Entidad Pública en el plazo indicado¹¹³.

4. Tampoco será necesario el asentimiento cuando el adoptando esté emancipado o sea mayor de edad¹¹⁴.

5. Tampoco procede el asentimiento de la progenitora con antecedentes de desprotección grave; incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad y la existencia de una separación definitiva de hijo/os. Carencia de medios personales, materiales y sociales para atender a su hijo/os. Situación social cronicada tanto en los progenitores como el entorno familiar, que impide la existencia de una red social y familiar que dé cobertura al menor nido a su discapacidad¹¹⁵. O incumplimiento por ambos progenitores de los deberes exigibles unidad a malos tratos y agresiones sexuales. Además llevar con la familia de acogida un número de años importantes e integración en la misma a lo largo de su infancia y desarrollo¹¹⁶.

6. En fin, tampoco resulta necesaria el asentimiento de la madre biológica de la adopción en supuesto de gestación por sustitución. Los menores constan inscritos únicamente como hijos de su padre; por lo que, a efectos de la adopción, no habiendo impugnación ni controversia en cuanto a la inscripción¹¹⁷. Ni en los supuestos de acogimiento previo con fines de adopción, cuando el menor está plenamente adaptado y se desarrolla satisfactoriamente en el seno de la familia de acogida, pues, operar de otra forma, supondría un riesgo psicológico para el menor ante un cambio de situación¹¹⁸.

Un breve paréntesis en relación con la gestación o maternidad subrogada. Como bien sabemos, la legislación española declara nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución y atribuye la titularidad de la relación de filiación materna a la madre gestante, sin que en la reforma de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida llevada a cabo por la Ley 19/2015, de 13 de julio —promulgada con posterioridad a la sentencia del Tribunal Supremo, Pleno de la Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 2013— esta previsión legal fue modificada.

En esta sentencia y en el posterior auto de 2 de febrero de 2015 que desestimó la solicitud de nulidad de dicha sentencia, se sostuvo que, los contratos de gestación por sustitución vulneran los derechos fundamentales, tanto de la mujer gestante como del niño gestado, y son por tanto manifiestamente contrarios a nuestro orden público. No se trata solamente de que el artículo 8 de CEDH no garantice el derecho de fundar una familia ni el derecho de adoptar, pues el derecho al respeto de la vida familiar no protege el simple deseo de fundar una familia (sentencia de 24 de enero de 2017, caso Paradiso y Campanelli, apartado 141). Es que, como concluye el Informe del Comité de Bioética de España de 2017, el deseo de una persona de tener un hijo, por muy noble que sea, no puede realizarse a costa de los derechos de otras personas. Un contrato de gestación por sustitución como el que es objeto de este recurso entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor y, por tanto, no puede aceptarse por principio.

Si bien, esta contrariedad manifiesta deriva no sólo de que el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana, sino también porque el contrato de gestación por sustitución vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos en los que España es parte. Al respecto, el artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el que España es parte, establece: *“Los Estados partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”*.

La prohibición de la venta de niños también aparece enunciada en el artículo 1 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, firmada y ratificada por España. En el artículo 2 a) del Protocolo Facultativo se define la venta de niños como “todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”. Asimismo, como pone de relieve el Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, Asamblea General de la ONU, 15 de enero de 2018, la expresión “para cualquier fin o en cualquier forma” que emplea el citado art. 35 de la Convención supone que la gestación por sustitución no supone una excepción a la prohibición de venta de niños establecida en dicha norma. Y que la gestación por sustitución comercial entra de lleno en la definición de “venta de niños” del artículo 2 a) del Protocolo Facultativo cuando concurren los tres elementos exigidos en dicha definición: a) “remuneración o cualquier otra retribución”; b) el traslado del niño (de la mujer que lo ha gestado y parido a los comitentes); y c) el intercambio de “a)” por “b)” (pago por la entrega del niño). La entrega a que se obliga la madre gestante no tiene que ser necesariamente actual (esto es, de un niño ya nacido), puede ser futura, como ocurre en el contrato de gestación por sustitución. Resulta gravemente lesivo para la dignidad e integridad moral del niño (y puede también serlo para su integridad física habida cuenta de la falta de control de la idoneidad de los comitentes) que se le considere como objeto de un contrato, y atenta también a su derecho a conocer su origen biológico.

Por otra parte, en el apartado 115 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y

la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto, se declarara: *“(La Unión Europea) Condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos”*. Además, como expresan tanto el Informe de la Relatora Especial como del Comité de Bioética de España, un mercado que tenga por objeto la gestación subrogada de niños favorece que estos contratos se celebren y ejecuten cada vez con más frecuencia en aquellos Estados en los que se otorgan mayores prerrogativas a los comitentes y, correlativamente, se acentúe la vulneración de la autonomía personal, la integridad física y moral y, en definitiva, la dignidad de la mujer gestante. En este sentido, el Informe de la Relatora Especial de la ONU sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños a que se ha hecho referencia, afirma sobre esta cuestión: *“La exigencia de que las órdenes nacionales de patria potestad se reconozcan a escala mundial sin restricciones debidas y haciendo caso omiso de las preocupaciones relativas a los derechos humanos plantea el riesgo conexo de que una minoría de jurisdicciones con enfoques permisivos en materia de gestación por sustitución de carácter comercial y con regulaciones que no protegen los derechos de las partes vulnerables frente a la explotación normalicen a escala mundial prácticas que violan los derechos humanos”*.

Ahora bien, conductas vinculadas con este tipo de contratos, en las que, mediante compensación económica, se entregue a otra persona un hijo o cualquier menor, pueden quedar encuadradas en el artículo 221.1 del Código Penal cuando se hayan eludido los procedimientos legales aplicables a la guarda, acogimiento o adopción. Asimismo, el artículo 26 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional (LAI) rige para la validez en España,

Además de lo expuesto sobre los instrumentos internacionales que prohíben la venta de niños suscritos por España, conforme al artículo 3 del citado Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, los Estados firmantes deben tipificar como delito la actuación consistente en “inducir indebidamente, en calidad de intermediario, a alguien a que preste su consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción”, “tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras”. España también es parte en la Convención de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979, que en su art. 6 conmina a los Estados parte a adoptar las medidas precisas para suprimir todas las formas de trata de mujeres, en la que puede incluirse la situación que para la mujer gestante resulta de un contrato de gestación por sustitución comercial.

En los mismos términos se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de marzo de 2022¹¹⁹ tras indicar que, en estos casos tanto la madre gestante como el niño a gestar son tratados como meros objetos, no como personas

dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad. La madre gestante se obliga desde el principio a entregar al niño que va a gestar y renuncia antes del parto, incluso antes de la concepción, a cualquier derecho derivado de su maternidad. Se obliga a someterse a tratamientos médicos que ponen en riesgo su salud y que entrañan riesgos adicionales a las gestaciones resultantes de una relación sexual (“tantas transferencias embrionarias como sean necesarias”, “llevar a cabo hasta las transferencias de 3 (tres) embriones por cada ciclo de reproducción asistida”, “tomar medicamentos para el ciclo de transferencia de embriones por vía oral, por inyección o intravaginal en horarios específicos durante periodos prolongados de tiempo”). La madre gestante renuncia a su derecho a la intimidad y confidencialidad médica (“la gestante sustituta, mediante la firma del presente contrato, renuncia a todos los derechos de confidencialidad médica y psicológica, permitiendo a los especialistas que la evaluarán, compartir dichos resultados con la futura madre”, “la gestante sustituta acepta que la futura madre o un representante que la sociedad mercantil “México Subrogacy” S. de R.L. de C.V. designe, esté presente en todas las citas médicas relacionadas con el embarazo”, “la futura madre puede estar presente en el momento del nacimiento del niño”). Se regulan por contrato cuestiones como la interrupción del embarazo o la reducción embrionaria, cómo será el parto (por cesárea, “salvo que el médico tratante recomiende que sea un parto vaginal”), qué puede comer o beber la gestante, se fijan sus hábitos de vida, se le prohíben las relaciones sexuales, se le restringe la libertad de movimiento y de residencia, de modo más intenso según avanza el embarazo, prohibiéndole salir de la ciudad donde reside o cambiar de domicilio salvo autorización expresa de la futura madre, hasta recluirla en una concreta localidad distinta de la de su residencia en la última fase del embarazo. La madre gestante se obliga “a someterse a pruebas al azar sin aviso previo de detección de drogas, alcohol o tabaco según la petición de la futura madre”. Y, finalmente, se atribuye a la comitente la decisión sobre si la madre gestante debe seguir o no con vida en caso de que sufriera alguna enfermedad o lesión potencialmente mortal.

A lo que añade, el Alto Tribunal que, no es preciso un gran esfuerzo de imaginación para hacerse una cabal idea de la situación económica y social de vulnerabilidad en la que se encuentra una mujer que acepta someterse a ese trato inhumano y degradante que vulnera sus más elementales derechos a la intimidad, a la integridad física y moral, a ser tratada como una persona libre y autónoma dotada de la dignidad propia de todo ser humano. Y, como ocurre en estos casos, aparece en el contrato la agencia intermediadora cuyo negocio lo constituye este tipo de prácticas vulneradoras de los derechos fundamentales.

En definitiva, el futuro niño, al que se priva del derecho a conocer sus orígenes, se “cosifica” pues se le concibe como el objeto del contrato, que la gestante se obliga a entregar a la comitente. Para que el contrato llegue a buen término, se imponen a la gestante unas limitaciones de su autonomía personal y de su integridad física y moral incompatibles con la dignidad de todo ser humano.

A continuación se hace una fuerte crítica respecto a las agencias que intermedian en la gestación por sustitución actúan sin ninguna traba en nuestro país, hacen publicidad de su actividad (basta con usar como términos de búsqueda “gestación subrogada” u otros similares en un buscador de Internet para encontrar una amplia oferta de estas agencias dirigida al público español) pese a que el

artículo 3.1 de la Ley General de Publicidad considera ilícita “la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución Española”. Estas agencias han organizado en España “ferias” presenciales de gestación subrogada en las que publicitan y promueven sus “servicios”. Con frecuencia se publican noticias sobre personas famosas que anuncian la traída a España de un “hijo” fruto de una gestación por sustitución, sin que las administraciones competentes para la protección del menor adopten iniciativa alguna para hacer efectiva esa protección, siquiera sea para comprobar la idoneidad de los comitentes. El Informe del Comité de Bioética pone de relieve la incoherencia que supone el contraste entre esta regulación legal y que en la práctica no existan obstáculos a reconocer el resultado de una gestación por sustitución comercial en la que, se han vulnerado los más elementales derechos fundamentales de la madre gestante y del niño, si ha tenido lugar en el extranjero.

En base lo expuesto, la consecuencia es que el niño nacido en el extranjero fruto de una gestación por sustitución, pese a las normas legales y convencionales a que se ha hecho referencia, entra sin problemas en España y acaba integrado en un determinado núcleo familiar durante un tiempo prolongado. En nuestro ordenamiento jurídico, el reconocimiento de esa relación puede realizarse, respecto del padre biológico, mediante el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad, conforme prevé el art. 10.3 LTRHA.

Ahora bien, cuando quien solicita el reconocimiento de la relación de filiación es la madre comitente, la vía por la que debe obtenerse la determinación de la filiación es la de la *adopción*. El Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de abril de 2019 acepta como uno de los mecanismos para satisfacer el interés superior del menor en estos casos “la adopción por parte de la madre comitente (...) en la medida en que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que puedan aplicarse con prontitud y eficacia, de conformidad con el interés superior del niño”.

En este caso, el “estudio de circunstancias socio-familiares” o “las valoraciones sobre la idoneidad para la cobertura de las necesidades de todo orden del menor” (en definitiva, la idoneidad del adoptante o de los adoptantes para asumir la condición de progenitor respecto del menor adoptado) no deben ser consideradas como un obstáculo para la satisfacción del interés superior del menor objeto de la adopción, sino como actuaciones encaminadas a su satisfacción.

Así, en el presente caso, las pruebas ya aportadas y valoradas en este procedimiento pueden contribuir a cumplir el requisito de prontitud en la acreditación de dicha idoneidad (material, afectiva, etc.), junto con la aplicación, en su caso, de la previsión contenida en el artículo 176.2.3.º del Código Civil.

En todo caso, la cuestión de la diferencia de edad entre el menor y la madre comitente no se revela como un obstáculo excesivo, habida cuenta que la diferencia máxima de 45 años entre adoptante y adoptado prevista en la normativa reguladora de la adopción no tiene un carácter absoluto (artículo 176.2.3.º en relación al 237, ambos del Código Civil), tanto más cuando los hechos fijados por la Audiencia Provincial revelan la integración del menor en el núcleo familiar y los cuidados de que es objeto desde hace varios años.

En fin, concluye que, con esta solución satisface el interés superior del menor, valorado en concreto, como exige el citado Dictamen del Tribunal Europeo de De-

rechos Humanos, pero a la vez intenta salvaguardar los derechos fundamentales que el citado tribunal también ha considerado dignos de protección, como son los derechos de las madres gestantes y de los niños en general (sentencias de 24 de enero de 2017, Gran Sala, caso Paradiso y Campanelli, apartados 197, 202 y 203, y de 18 de mayo de 2021, caso Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia, apartado 65), que resultarían gravemente lesionados si se potenciara la práctica de la gestación subrogada comercial porque se facilitara la actuación de las agencias de intermediación en la gestación por sustitución, en caso de que estas pudieran asegurar a sus potenciales clientes el reconocimiento casi automático en España de la filiación resultante del contrato de gestación subrogada, pese a la vulneración de los derechos de las madres gestantes y de los propios niños, tratados como simples mercancías y sin siquiera comprobarse la idoneidad de los comitentes para ser reconocidos como titulares de la patria potestad del menor nacido de este tipo de gestaciones.

Pues bien, en la reciente sentencia de este mismo Tribunal Supremo y Sala de lo Civil, de 17 de septiembre de 2024¹²⁰, siendo el mismo ponente que en la anterior expuesta, el magistrado Rafael Sarazá Jimena, admite ahora que los padres de un nacido por gestación subrogada cambien en el Registro Civil el lugar de nacimiento en el extranjero por el del domicilio familiar. Los progenitores de un menor nacido mediante gestación por sustitución cuya filiación paterna es la biológica y la materna es la adoptiva del cónyuge del padre, solicitaron ante el Registro Civil de su domicilio el traslado de la inscripción de nacimiento de un hijo desde el Registro Civil Central y que modificase la mención registral del lugar de nacimiento del niño en el extranjero para que constase como tal del domicilio familiar. El encargado del Registro Civil accedió al traslado, pero denegó el cambio de la mención del lugar de nacimiento del menor. Los padres recurrieron el acuerdo de calificación ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, que desestimó el recurso y frente a la resolución del Centro Directivo presentaron demanda de oposición que también fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia. El Alto Tribunal, en contra de lo postulado por las sentencia de instancia, considera aplicables por analogía los preceptos de la Ley de Registro Civil (en concreto la Ley 17/1957 que es la que ha de aplicarse dada la fecha de inicio del expediente) que permiten esa modificación en caso de adopción internacional.

A tal fin, argumento la Sala de lo Civil que, la razón jurídica para no hacer público que el nacimiento del menor tuvo lugar en un país remoto es la misma en el caso de adopción internacional que en el caso de adopción nacional de un niño nacido en el extranjero, en el que se ha determinado la filiación biológica del padre y posteriormente la del cónyuge de éste que, lo ha adoptado y no es otra que impedir que el carácter adoptivo de la filiación y las circunstancias relativas al origen del menor sean públicos. Por ello, considera que concurren los requisitos del artículo 4.1 del Código Civil para aplicar analógicamente la previsión contenida en los artículos 16.3 y 20.1 de la LRC (Ley 17/1957), que supone la designación del domicilio del adoptante o adoptantes como lugar de nacimiento del menor adoptado en la inscripción de nacimiento del menor al supuesto litigioso. Aunque en este caso la adopción no es internacional, el lugar de nacimiento del menor tiene lugar en un país remoto con el que los padres carecen de relación, por lo que ello denotaría la filiación y las circunstancias de origen del menor.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno de la Sala de lo Civil, de 4 de diciembre de 2024 desestima el recurso de casación interpuesto contra el auto de apelación, al considerar que el reconocimiento de esa sentencia estadounidense de gestación subrogada vulnera el orden público que actúa como límite al reconocimiento de las decisiones de las autoridades extranjeras y que está integrado por los derechos a la integridad física y moral de la mujer gestante y del menor y el respeto a su dignidad.

Los actores celebraron un contrato de gestación por sustitución con la madre gestante y su esposo en el Estado de Texas (EEUU). Un Juzgado de este Estado dictó sentencia que validó el contrato y dictaminó que los comitentes eran los progenitores de los dos niños que la mujer había dado a luz.

La demanda de exequatur que presentaron, en la que solicitaban el reconocimiento de efectos de esta sentencia, que confirmaba su paternidad, fue desestimada tanto en primera instancia como en apelación por ser dicha sentencia contraria al orden público.

Al respecto, rechaza que la denegación del reconocimiento vulnere el principio de libre desarrollo de la personalidad de los menores. Argumenta que lo que vulnera la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, tanto de la mujer gestante como de los menores nacidos en virtud del acuerdo de gestación por subrogación, es la celebración del propio contrato de gestación subrogada, en el que la mujer y los menores son tratados como meros objetos, así como la pretensión de que un contrato, por más que esté “validado” por una sentencia extranjera, puede determinar una relación paternofilial.

Asimismo, indica que la maternidad subrogada atenta contra la integridad moral de la mujer gestante y del niño, que son tratados como cosas susceptibles de comercio, privados de la dignidad propia del ser humano. Indica que priva al menor de su derecho a conocer su origen biológico, que atenta contra la integridad física de la madre, que puede verse sometida a agresivos tratamientos hormonales para conseguir que quede embarazada, y que puede atentar también a la integridad física y moral del menor; dada la falta de control de la idoneidad de los comitentes; y, también resalta que un contrato de gestación por sustitución como el que fue validado por la sentencia cuyo reconocimiento se pretende entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor, por lo que el reconocimiento de los efectos de dicha sentencia, que supone el reconocimiento de los efectos del contrato de gestación subrogada validado en tal sentencia, es contrario al orden público.

A continuación, la Sala de lo Civil rechaza, igualmente, que la denegación del reconocimiento de efectos de la sentencia vulnere el superior interés de los menores. Pone de relieve que la concreción de lo que en cada caso constituye este interés no debe hacerse conforme a los intereses y criterios de los comitentes de la gestación subrogada, sino teniendo en cuenta los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales sobre estado civil e infancia.

En este contexto, remarca que la protección de los menores no puede lograrse aceptando acríticamente las consecuencias del contrato de gestación por sustitución suscrito por los recurrentes, tal y como fueron aceptadas por los Tribunales de Texas con base en la legislación de este Estado, que admite el contrato oneroso de gestación por sustitución y que la filiación quede determinada a favor de quienes

realizan y pagan el encargo y razona que la protección del interés de los menores no puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación por sustitución y en la filiación a favor de los padres intencionales que prevé la legislación de Texas, sino que habrá de partir, de ser ciertos tales datos, de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que los gestó y alumbró, de la existencia de una filiación biológica paterna y de un núcleo familiar en que estén integrados los menores.

En fin, concluye el Alto Tribunal que así que la protección que ha de otorgarse a dichos menores ha de partir de las previsiones de las leyes y convenios aplicables en España, y de la jurisprudencia que los interpreta y aplica, tomando en consideración su situación actual, estableciendo la relación de filiación mediante la determinación de la filiación biológica paterna, la adopción, o permitiendo la integración de los menores en un núcleo familiar mediante la figura del acogimiento familiar.

Y, destaca que esta solución satisface el interés superior de los menores, valorado en concreto, y a la vez intenta salvaguardar los derechos de las madres gestantes y de los niños en general, que según la Sala de lo Civil resultarían gravemente lesionados si se potenciara la práctica de la gestación subrogada comercial porque se facilitara la actuación de las agencias de intermediación, en caso de que estas pudieran asegurar a sus potenciales clientes el reconocimiento casi automático en España de la filiación resultante del contrato de gestación subrogada, pese a la vulneración de los derechos de las gestantes y de los propios niños, tratados como simples mercancías y sin comprobarse la idoneidad de los comitentes para ser reconocidos como titulares de la patria potestad de los menores nacidos de este tipo de gestaciones.

De todas formas, no podemos dejar de señalar que, en el apartado 115 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto, se declara: “Condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos”.

Más recientemente, La Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 1/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo -a cuya exposición de motivos alude el recurrente en el primer motivo de su recurso- considera, tanto en su preámbulo como en su articulado, que la gestación por sustitución es una forma de violencia contra las mujeres. En la regulación relativa a la realización de campañas institucionales de prevención e información, la ley considera la gestación subrogada como una forma de violencia en el ámbito reproductivo (artículo 10 quinquies), e introduce dos artículos nuevos (32 y 33) en los que reitera la nulidad de los contratos de gestación por sustitución, indica que se promoverá la información de su ilegalidad y de la nulidad de pleno derecho de tales contratos, así como que las administraciones instarán la declaración de ilicitud de la promoción comercial de la gestación por sustitución. Pues bien, procede indicar que, estas novedades legislativas confirman que la gestación subrogada es contraria a nuestro orden

público Al igual que ocurría en el caso de la sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Civil 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (LA LEY 2868,2014) donde se disponía que, la cuestión planteada ante este tribunal no es la de un “hecho” que haya de ser objeto por primera vez de una decisión de autoridad en España y que al presentar un elemento extranjero (el lugar de nacimiento, cuanto menos) deba ser resuelto conforme a la ley sustantiva a la que remita la norma de conflicto aplicable. La técnica jurídica a aplicar no es la del conflicto de leyes, sino la del reconocimiento. Existe ya una decisión de autoridad, la adoptada por un tribunal de Texas al validar un contrato de gestación subrogada, fijar, con base en tal contrato, una determinada relación paternofamiliar y ordenar a la mujer que ha dado a luz a los niños que, en cumplimiento del contrato, los entregue inmediatamente a los comitentes. Hay que resolver si esa decisión de autoridad puede ser reconocida y puede desplegar sus efectos, en concreto la determinación de la filiación a favor de los demandantes, en el sistema jurídico español.

Ciertamente, la resolución recurrida ha resuelto la cuestión, la denegar el reconocimiento de efectos a la sentencia extranjera por ser contraria al orden público. El artículo 46.1 a) de la Ley 29/2015, de 30 de julio de cooperación jurídica internacional en materia civil, al regular las causas de denegación del reconocimiento, establece: “1. Las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán: a) Cuando fueran contrarias al orden público”.

El Tribunal Supremo en anteriores sentencias sobre la gestación subrogada ha declarado que es incompatible con nuestro sistema de derechos fundamentales la determinación de la filiación del niño como hijo de los comitentes con base en un contrato de gestación subrogada y en los actos de autoridades extranjeras que reconocen la filiación resultante de dicho contrato, al vulnerarse con ello gravemente los derechos fundamentales tanto del menor como a la madre gestante. A ello une al Alto Tribunal el hecho de la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, pues, ello atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto de tráfico mercantil. Es, por ello, necesario llevar a cabo una ponderación que tenga como resultado la solución que menor perjudique a los menores, empleando para ello los criterios establecido en el ordenamiento jurídico.

Recordemos que, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014 (casos Labassee contra Francia y Mennesson contra Francia) fueron analizadas específicamente en el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de febrero de 2015 que desestimó la promoción del incidente de nulidad de actuaciones respecto de sentencia 835/2013, de 6 de febrero de 2014 la. En esa resolución el Alto Tribunal puso, asimismo, de relieve las importantes diferencias existentes entre los casos objeto de las sentencias del TEDH y nuestra sentencia, como eran las siguientes: “(i) Mientras que el Tribunal de Casación francés afirma la imposibilidad de que pueda determinarse legalmente en Francia cualquier relación de filiación entre el niño y los padres comitentes; de tal modo que procede incluso anular el reconocimiento o el establecimiento de la paternidad del padre biológico por el carácter fraudulento del contrato de gestación por sustitución (“*fraus omnia corrumpit*”, el fraude todo lo corrompe, dice el Tribunal de Casación francés en dos sentencias dictadas en el año 2013 sobre esta misma cuestión, citadas por el Tribunal de Estrasburgo en sus sentencias

de los casos Labassee y Mennesson); por el contrario, el ordenamiento jurídico español, y así lo afirma sentencia de dicho Alto Tribunal, prevé que respecto del padre biológico es posible la determinación de filiación paterna; y, en todo caso, si los comitentes y los niños efectivamente forman un núcleo familiar “de facto” (lo que es muy posible pero no ha sido el objeto del recurso, pues los demandados han fundado su oposición a la demanda del Ministerio Fiscal en la procedencia de transcribir las actas de nacimiento de California tal como allí fueron extendidas). Dicha sentencia acuerda que debe protegerse legalmente, en su caso mediante la adopción (que, si uno de los solicitantes de la nulidad de actuaciones fuera padre biológico, no requeriría siquiera propuesta previa ni declaración administrativa de idoneidad, sino solo el asentimiento del consorte y la comprobación judicial de la adecuación de la medida al interés del menor (artículo 176 del Código Civil) o, de considerarse que existe una situación de desamparo por la decisión de la madre gestante de no ejercer sus funciones como tal, mediante el acogimiento. (ii) En Francia, las niñas no pueden adquirir la nacionalidad francesa ni heredar a los comitentes en calidad de hijas. En España, la sentencia de esta Sala acordó que solo se anulara la mención a la filiación de los menores en tanto se determinaba la filiación biológica paterna y también, en su caso, la filiación que fuera acorde con la situación familiar “de facto” (por ejemplo, mediante la adopción), de modo que, una vez quede determinada la filiación biológica respecto del padre biológico y la filiación por criterios no biológicos respecto del otro cónyuge (o respecto de ambos, si ninguno de ellos fuera el padre biológico), tendrán la nacionalidad española y podrán heredar como hijos (iii) El Tribunal de Casación francés afirma que ante la existencia de fraude, no puede invocarse el interés superior del menor ni el derecho a la vida privada del mismo. Nuestra sentencia, por el contrario, afirma que debe tenerse en cuenta el interés superior del menor, tal como es protegido por el ordenamiento jurídico español (artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida), y evitando en todo caso su desprotección, para lo que se instó al Ministerio Fiscal a que, de acuerdo con las funciones que le atribuye su Estatuto Orgánico, ejercitara las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores, y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar “de facto”. (iv) En los asuntos franceses, los comitentes habían solicitado que se determinara la filiación de las niñas no solo con base en las actas de nacimiento expedidas en Norteamérica (determinadas por la existencia de sendos contratos de gestación por sustitución que, una vez homologados judicialmente sus efectos, dieron lugar a la inscripción del nacimiento en el Registro Civil con determinación de la filiación respecto de los padres comitentes): en ambos casos se pidió, de modo alternativo o subsidiario, que se determinara la filiación paterna biológica respecto del marido, pues constaba que tanto el Sr. Labassee como el Sr. Mennesson eran los padres biológicos de las respectivas niñas. Y en el caso del matrimonio Labassee, se solicitó también que se realizara la inscripción de la filiación con base en un acta de notoriedad de posesión de estado civil puesto que constaba que el matrimonio Labassee había criado y educado a la niña desde su nacimiento. El Tribunal de Estrasburgo hace constar que en ambos casos está constatado que los matrimonios demandantes y las niñas fruto de la gestación por sustitución por ellos contratada formaban sendos núcleos familiares “de facto”.

En consecuencia, los menores nacidos del contrato de gestación subrogada concertado por los demandantes pueden ver determinada su filiación biológica paterna y, si existe actualmente un núcleo familiar en que estén integrados, si los menores tienen relaciones familiares de facto con quien pretende el reconocimiento de la relación paterno-materno- filial en su favor la solución que haya de buscarse tanto para el comitente como por las autoridades públicas que intervengan, habrán de partir de este dato y permitir con ello el desarrollo y protección de estos vínculos, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha reconocido la existencia de una vida familiar de facto incluso en ausencia de lazos biológicos o de un lazo jurídicamente reconocida, siempre que existan lazo personales afectivos y los mismos tengan una duración relevante (sentencia del TEDH de 24 de enero de 2017, Gran Sala, caso Paradiso y Campanelli, apartados 140 y 151 y siguientes y de 18 de mayo de 2021, caso Valdis Fjólfnisdóttir y otros contra Islandia, apartado 62). Así lo exige el interés superior del menor (artículo 2 de la LOPJM) y su derecho a la vida privada reconocido en el artículo 8 del CEDH que, de acuerdo con la jurisprudencia.

En las sentencias 45/2022, de 27 de enero (la ley 4405,2022), y 558/2022, de 11 de julio (LA LEY 153030/2022), citadas por el Ministerio Fiscal en su informe, hemos afirmado: “El interés del menor no es causa que permita al juez atribuir una filiación. Es el legislador quien, al establecer el sistema de determinación de la filiación y de las acciones de impugnación y reclamación de la filiación, debe valorar en abstracto el interés superior del menor junto a los demás intereses presentes (la libertad de procreación, el derecho a conocer los propios orígenes, la certeza de las relaciones, la estabilidad del hijo)”. En la sentencia 754/2023, de 16 de mayo (LA LEY 80446,2023) se ha pronunciado el Alto Tribunal en similares términos.

Y, finalmente, en la ya citada sentencia de 6 de febrero de 2014 en España ha relación de filiación se puede establecer mediante la determinación de la filiación biológica paterna y para el otro posible progenitor mediante la adopción, o permitiendo la integración de los menores en un núcleo familiar mediante la figura del acogimiento familiar.

A todo ello, añade el Tribunal Supremo que, esta aplicación analógica se ajusta, además, a las exigencias del artículo 18.1 de la CE, pues, permite la efectividad del derecho a la intimidad personal y familiar del menor (en cuyo ámbito de protección se encuentran la filiación y los datos que denotan el origen del menor adoptado); del artículo 14 de la CE relativo a la no discriminación por razón del nacimiento; y, del artículo 39 de la CE en relación con la protección por los poderes públicos de los hijos, iguales ante la ley con independencia de su filiación.

En fin, entiende que, la publicidad registral de un determinado lugar de nacimiento en el extranjero, que, por ejemplo, constaría en su DNI o en su pasaporte, vulneraría el derecho a la intimidad del menor, al ser revelador de la existencia de la adopción y de las circunstancias relativas a su origen especialmente sensibles, en concreto, haber sido engendrado por gestación por sustitución; y supondría una discriminación respecto de otras filiaciones (concretamente, la adoptiva internacional), que no se encuentra justificada.

Sobre tales bases, tras esta breve referencia a la cuestión relativa a la maternidad subrogada, será objeto de un estudio más profundo, procede continuar con la materia señalando que, la negativa a prestar el asentimiento a la adopción del

hijo biológico no supone un obstáculo para que el órgano judicial puede entrar en el examen de cuál es el interés del menor¹²¹.

En este contexto, una previsión importante tiene lugar con relación al asentimiento a la adopción por parte de la madre biológica, pues, no puede prestarlo hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto (artículo 177.2.º apartado 4 del Código Civil) —antes era de treinta días—¹²². Con ello se opera en la línea del artículo 5.5 del Convenio Europeo en materia de adopción. Si bien, una previsión de este tipo se contiene en el artículo 235.41.2 del Código Civil catalán. Se trata de garantizar un periodo razonable de recuperación y de toma de decisiones por parte de la madre y, como señala, asimismo, la doctrina para evitar las gestaciones por sustitución¹²³.

Por otra parte, el artículo 177.2.º apartado 5 del Código Civil establece que, las adopciones que exijan propuesta previa, no admitirán que, el asentimiento de los progenitores se refiera a adoptantes determinados. Los progenitores no pueden elegir a quien van a adoptar. Se excluye como precisa PÉREZ ÁLVAREZ “el asentimiento condicionado subjetivamente”¹²⁴.

La omisión de los asentimientos descritos determina que la adopción no pueda constituirse válidamente; si bien, el juez no se encuentra vinculados por ellos y no suponen un obstáculo para que el órgano jurisdiccional pueda entrar en el examen de cuál es el interés superior del menor adoptando y por ende, dilucidar cuál es la resolución más adecuada en el supuesto que se analiza¹²⁵.

Ahora bien, como establece el artículo 177.4 del Código Civil, los consentimiento y asentimientos deberá otorgarse de manera libre en la forma legalmente requerida —sin vicios que lo invaliden—; por escrito —no cabe el consentimiento y asentimiento de forma oral—, y previa información de sus consecuencias —de las consecuencias de los consentimiento y asentimientos y de los efectos de la adopción—.

C. Personas a las que debe darse audiencia, ser oídas

El artículo 177.3.º del Código Civil y el artículo 37.3 de la LJV —por remisión al mismo— se refiere a las personas que deben ser oídas por el juez una vez iniciado el expediente de adopción. Así, en primer lugar, a los progenitores que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no fuera necesario para la adopción. Se establece como supuestos en que los progenitores deben ser oídos y no es necesario su asentimiento¹²⁶: 1. Si el adoptando es mayor de edad o menor emancipado¹²⁷; 2. Cuando los progenitores están incurso en causa de privación de la patria potestad, pero aún no han sido privados de la mismas¹²⁸; 3. Cuando hayan quedado suspendido de la patria potestad y no hayan impugnado la declaración desamparo en el plazo de dos años o lo han hecho sin que haya prosperado la impugnación.

Cuando se cita a los progenitores, el juez deberá indicar, en su caso, la circunstancia por la cual basta su audiencia (artículo 38.1 *in fine* de la LJV). Por otra parte, si los progenitores pretenden que se les reconozca la necesidad de prestar su asentimiento a la adopción, deberán ponerlo de manifiesto en el expediente. El Letrado de la Administración de Justicia acordará la suspensión del expediente y otorga el plazo de 15 días para la presentación de la demanda. Presentada esta dentro de plazo aquél dictará decreto, declarando contencioso el expediente de

adopción y se acordará su tramitación conforme a lo dispuesto en el artículo 781 de la LEC (artículo 37.2 de la LJV).

En segundo lugar, deben ser oídos el tutor y, en su caso, la familia acogedora y el guardador o guardadores. Si todos ellos son adoptantes se requerirá su consentimiento. La referencia a guardadores es tanto para los guardadores formales como para los de hecho¹²⁹. Respecto a la familia acogedora que tiene como derecho ser parte en todos los procesos de oposición a las medidas de protección y a la declaración de situación de desamparo del menor acogido (artículo 20 bis.1 d) de la LOPJM) parece que, frente a una interpretación amplia del término en que se posibilita, que se pueda oír a otros miembros de la familia acogedora que, no sean los acogedores (guardadores)¹³⁰, resulta más correcto entender que solo se limita a estos últimos. De todas formas, sobre la base del artículo 39.1 de la LJV el juez puede ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas para asegurarse que la adopción sea en interés del adoptando, por lo que se puede dar entrada a otros miembros de la familia acogedora.

En tercer lugar, también tienen derecho a ser oído, el adoptando menor de doce años de acuerdo con su edad y madurez; si es mayor de doce años debe consentir. El artículo 9 de la LOPJM prevé la posibilidad que el menor sea oído.

Ahora bien, aunque no se menciona en el artículo 177.3 del Código Civil, el Ministerio Fiscal también deberá ser oído (artículos 3.1 y 4 de la LJV). Por otra parte, se ha eliminado la audiencia a la Entidad Pública. LÓPEZ MAZA acertadamente, entiende que, debería haberse mantenido esta audiencia de la Entidad Pública en aquellos casos en que no fuera necesaria la propuesta previa para la incoación del expediente de adopción¹³¹. De todas formas, como hemos señalado, por la vía del artículo 39.1 de la LJV se posibilita que el juez pueda dar audiencia a otras personas, o a la propia Entidad Pública.

En todo caso, la omisión del trámite de audiencia respecto de aquellas personas que tienen derecho a ser oídas, determina la invalidez de la adopción¹³²; si bien, no vinculan al juez, pues, tienen una función meramente informativa¹³³. No obstante, la omisión del trámite de asentimiento o de audiencia puede dar lugar a la solicitud de extinción de la adopción, si éste se hubiera constituido sin la participación culpable de los progenitores (artículo 180.2 del Código Civil).

De todas formas, en las citaciones que tengan lugar respecto de aquellos que, deban prestar su asentimiento o ser oídas se incluirá el apercibimiento de que si fueran citados personalmente y no comparecieran se seguirá el trámite sin más citaciones. Si no responden a la primera citación y no se hubiera realizado la citación en su persona, se les volverá a citar para dentro de los quince días siguientes, con el apercibimiento que, aunque no comparezcan, el expediente seguirá su trámite. De no haberse podido conocer el domicilio o paradero de alguna persona que debe ser citada o si citada debidamente con los apercibimientos oportunos, no compareciese, se prescindirá del trámite y la adopción acordada será válida (artículo 38.2 y 3 de la LJV).

En este contexto, con carácter general, todas las actuaciones relativas al expediente de adopción se deben llevar a cabo con la conveniente reserva, evitando que la familia de origen tenga conocimiento de la identidad de la familia adoptiva, excepto en los supuestos contenidos en los apartados 2 y 4 del artículo 178 del Código Civil —mantenimiento de los vínculos jurídicos y la adopción abierta— y

sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 180 del citado cuerpo legal (artículo 39.2 de la LJV).

Ahora bien, en caso de ruptura de los adoptantes con posterioridad a la propuesta de la adopción, procede la misma, si existe vínculos afectivos del adoptando con los acogedores y sus hijos; además es la única familia que ha conocido y, se ha valorado el informe final de la propuesta de adopción favorable a su constitución¹³⁴.

VI. LA GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN

El artículo 176 bis del Código Civil regula *ex novo* la guarda con fines adoptivos en el caso que el menor se encuentre en situación de desamparo. Viene a sustituir al anterior acogimiento preadoptivo regulado en el antiguo artículo 173 bis 3 del CC; de ahí que, la Disposición Adicional 6.^a de la Ley 26/2015 establezca al respecto la equiparación de la guarda con fines de adopción al acogimiento preadoptivo. Se califica de una novedad más aparente que real¹³⁵, y un cambio meramente terminológico¹³⁶. Se trata ahora de una fase previa a la adopción. Como señala LÓPEZ MAZA la finalidad de esta figura es “conseguir que el menor se integre en la que será su familia adoptiva, evitando así que tenga que permanecer en tanto se constituye la adopción en un centro de protección o con otra familia”¹³⁷. Esta medida de protección termina con la adopción del menor; y si ésta al final no procede, deberá la Entidad Pública fijar otra medida protectora del menor que sea más adecuada a su situación, como puede ser la tutela o el acogimiento permanente (artículo 176 bis 3 apartado 2 del Código Civil).

Para que tenga lugar esta guarda con fines de adopción, deben reunirse a quienes de atribuye la misma los requisitos de capacidad para adoptar previstos en el artículo 175 del Código Civil, esto es, la edad necesaria para adoptar, así como las diferencias mínima y máxima de edad que debe existir entre el adoptante y adoptado; además deben haber prestado su consentimiento —se entiende a la adopción y no a la guarda y no impide que prestado ante la Entidad Pública se deba volver a prestar ante el Juez—¹³⁸; y, que hayan sido preparadas, declaradas idóneas y asignadas para la adopción.

Ahora bien, esta delegación de la guarda con fines de adopción acordada mediante resolución debidamente motivada habrá de tener lugar antes de la presentación de propuesta de adopción —a diferencia de la anterior regulación que posibilitaba la constitución del acogimiento preadoptivo cuando la Entidad Pública remitía la propuesta de adopción (antiguo artículo 173 bis 1.3 del Código Civil)—¹³⁹ y hasta que se dicte la resolución judicial de adopción.

Por otra parte, es necesaria la audiencia previa de los afectados y del menor si tuviera madurez suficiente y en todo caso, fuera mayor de doce años. Al referirse a afectados y no únicamente a futuros adoptantes, se ha planteado, acertadamente, la posibilidad de incluir en dicho término, además de a estos últimos, a la institución que tenga a su cargo al menor, a los progenitores no privados de la patria potestad y a los tutores no removidos de la tutela¹⁴⁰.

En todo caso, la resolución habrá de notificarse a los progenitores no privados de la patria potestad o a los tutores no removidos de la tutela —al igual que en el acogimiento familiar—. No se prevé la notificación al Ministerio Fiscal; lo que, si

ocurre en el acogimiento familiar; lo que no está exento de crítica¹⁴¹. Tampoco se establece la notificación a los futuros adoptantes, aunque resulta obvia la necesidad de tal notificación por ser parte interesada y, además se les da audiencia en los términos apuntados.

Ahora bien, esta delegación de la guarda con fines adoptivos solo podrá decretarse con respecto a menores en situación de desamparo que hayan sido declarados como tales por la Entidad Pública y estén en acogimiento familiar o residencial¹⁴².

Una vez acordada la delegación de la guarda con fines de adopción en la correspondiente resolución administrativa debidamente motivada, los futuros adoptantes tendrán los mismos derechos y obligaciones que los acogedores familiares (artículo 176 bis 1 apartado 2 del Código Civil)¹⁴³.

En este contexto, esta guarda constituye un tipo de acogimiento familiar temporal que, tendrá según establece el artículo 173 bis 2 b) del Código Civil una duración máxima de dos años, salvo que el interés del menor aconseje una prórroga; asimismo, representa una medida de protección transitoria que, va a culminar en una medida definitiva y más estable como es la adopción; de ahí que, el artículo 176 bis 3 del Código Civil establezca que, la propuesta de adopción al juez deberá realizarse en el plazo más breve posible y, en todo caso, antes de transcurridos tres meses desde el día en que se hubiera acordado la delegación de la guarda con fines de adopción; si bien, este plazo puede prorrogarse, cuando la Entidad Pública los considere necesario en función de la edad y circunstancias del menor, estableciendo un periodo de adaptación del menor a la familia adoptiva¹⁴⁴. Ahora bien, como apunta MAYOR DEL HOYO el artículo 176 bis del Código Civil choca con el artículo 176.2.2.3.^a del citado cuerpo legal que, establece que no se requiere propuesta previa de la Entidad Pública cuando el adoptando “lleve más de un año en guarda con fines de adopción”, probablemente señala la citada autora “esta regulación aparentemente poco clara se debe a la inercia del legislador que ha ido introduciendo modificaciones mediante un parcheado del articulado y fijándose solo en los aspectos parciales que en cada momento interesaba retocar”¹⁴⁵. De todas formas, conviene recordar que, si la Entidad Pública no presenta la propuesta de adopción en el plazo de un año, esto no impide que, pasado dicho plazo y teniendo en cuenta la duración de este tipo de guarda, pueda plantearse por los futuros adoptantes —guardadores— la adopción.

Como novedad y, a diferencia del acogimiento familiar en general, la Entidad Pública procederá a suspender el régimen de vivistas y relaciones con la familia de origen cuando se inicie el periodo de convivencia preadoptiva, salvo que otra cosa convenga al interés del menor; y a excepción de los casos previstos en el artículo 178.4 que se refiere a la posibilidad de mantener contacto o relación entre el menor y la familia de origen y a la adopción abierta (artículo 176 bis 2 del Código Civil).

Finalmente, esta guarda con fines de adopción cesa cuando se constituye la adopción con la correspondiente resolución o también cuando ésta no tenga lugar, debiendo la entidad pública determinar la medida protectora más adecuada para el menor (artículo 176 bis 3 apartado segundo del Código Civil).

VII. EFECTOS DE LA ADOPCIÓN

Una vez constituida la adopción por el juez en la correspondiente resolución judicial, tiene lugar la extinción de los vínculos entre el adoptado y su familia de

origen (artículo 178.1 del Código Civil), y el adoptado se integra plenamente en la familia adoptiva, dando lugar una relación de filiación entre el adoptado y lo adoptantes. Tiene los mismos derechos que los hijos biológicos del adoptante, si tuviera (artículo 108 del Código Civil). Por lo que sobre tales premisas el adoptado queda sujeto a la patria potestad del adoptante/es; tiene los apellidos del adoptante/es; adquiere la nacionalidad española de origen y la vecindad civil común o la que le corresponda; tiene los mismos derechos sucesorios sobre la herencia del adoptante/es que, los demás hijos; y la adopción origina una relación de parentesco entre el adoptado y adoptante/es y entre el adoptado y los parientes del adoptante/es.

Ahora bien, la ruptura de los vínculos jurídicos con la familia de origen tiene dos excepciones establecidas en el artículo 178.2 del Código Civil, así subsiste los vínculos con la familia del progenitor que, según el caso corresponda: 1. Cuando el adoptando sea hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal —lo que constituye una novedad—, aunque el consorte o la pareja hubieran fallecido; 2. Cuando uno solo de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que hubiera sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuya vínculo ha de mantenerse.

No obstante, la ruptura de los vínculos con la familia de origen y las dos excepciones citadas se entienden sin perjuicio de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales (artículo 178.3 del Código Civil). Los apartados 1 y 2 del artículo 47 del Código Civil establecen que, no pueden contraer matrimonio entre sí, los parientes en línea recta por consanguinidad o por adopción, ni los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado.

1. LA ADOPCIÓN ABIERTA

El apartado 4 del artículo 178 del Código Civil establece la posibilidad que, cuando el interés del menor así lo aconseje, y en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública, se pueda acordar el mantenimiento de algún tipo de relación o contrato a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, favoreciéndose en cuando sea posible, la relación entre hermanos biológicos. En el Preámbulo de la Ley 26/2015 se indica que “la oportunidad de introducir esta figura en nuestro ordenamiento jurídico obedece a la búsqueda de alternativas consensuadas, familiares y permanentes que, permitan dota de estabilidad familiar a algunos menores, especialmente a los más mayores, cuya adopción presenta dificultades. A través de la adopción abierta se flexibiliza la institución de la adopción, posibilitando que la familia de origen acepte mejor la “pérdida” y que el menor pueda beneficiarse de una vida estable en su familia adoptante, manteniendo vínculos con la familia de la que proviene, en especial con sus hermanos”. Además, se señala que “se trata de una figura establecida con diferente amplitud y contenido en legislaciones de diversos países, tales como Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Austria, Canadá o Nueva Zelanda”¹⁴⁶. En España, se opta por un modelo en que tal modalidad de adopción debe ser acordada por el juez siempre en interés del menor. Para la doctrina esta figura merece un juicio favorable al posibilitar, precisamente, la adopción de adolescentes o menores no emancipados

en una difícil situación familiar cuya adopción puede resultar complicada. Aunque también es cierto que, existe una medida de protección como el acogimiento familiar permanente que, puede acordarse como tal medida para estos menores¹⁴⁷.

En la última década ha habido un aumento en la aceptación de la adopción abierta. Muchos adoptantes y padres biológicos consideran que mantener una relación y contactos que ya existían previamente a la adopción, puede ser beneficioso para el menor mantenerlos, y además, le proporciona acceso a información sobre su historia familiar en todo caso, como analizaremos, es necesario que exista un consentimiento de todas las partes implicadas debiendo quedar todo ello reflejado en el auto de adopción emitido por el juzgado correspondiente. De todas formas, como toda medida puede generar riesgos y beneficios en la misma proporción¹⁴⁸.

Ahora bien, en estos casos, el juez, a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal y con el consentimiento de la familia adoptiva y del adoptando, si tuviera suficiente madurez y siempre que sea mayor de doce años, podrá constituir la adopción, acordando el mantenimiento de una relación o comunicación del adoptando con la familia biológica, fijando para ello su periodicidad, duración y condiciones.

En la propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal habrán de acompañarse los informes y documentos que la justifique, así como la declaración de idoneidad del adoptante/es en el que se hará constar que, aquél o aquellos aceptan esta modalidad de adopción (artículo 178.4.4 del Código Civil)¹⁴⁹. En todo caso, será oído el adoptando menor de 12 años de acuerdo con su edad y madurez. De todas formas, mientras que para la adopción solo puede consentirla el menor de doce años, en cambio, para esta modalidad de adopción puede consentirla tanto el mayor de 12 años como el menor de dicha edad, si tuviera suficiente madurez¹⁵⁰.

Por otra parte, procede señalar que, la adopción la consienten los adoptantes, sin embargo, para esta modalidad de adopción debe consentirla “la familia adoptiva”. Frente a quienes consideran que, debe, igualmente, consentirlo los adoptantes¹⁵¹; no falta quien señala que, debe entenderse tal expresión en sentido amplio, e incluir a otros familiares como hermanos¹⁵². No se exige el consentimiento de la familia de origen; sin embargo, una vez constituida pueden solicitar al juez su suspensión o supresión. De todas formas, por pura lógica, si la familia de origen se opone —en especial, los progenitores— no tiene sentido adoptar esta modalidad de adopción —se incluyen en la familia de origen, progenitores y hermanos—. En todo caso, corresponde al juez en última instancia decidir sobre su constitución o no, también sobre quienes van a participar en la relación o comunicación (adoptando, adoptantes y progenitores biológicos o algún otro miembro de la familia adoptante y de origen), y en fin, sobre la forma, periodicidad, duración y condiciones de tal relación o comunicación así mediante visitas, pernocta o no con la familia de origen, comunicación telefónica, email, cada cuánto tiempo y su duración—. Si bien, podrá acordarse, si fuera necesario, que dicha relación se lleva a cabo por intermediación de la Entidad Pública o entidades acreditadas a tal fin (por ejemplo, en Punto de Encuentro Familiar —PEF—)¹⁵³.

Ahora bien, el juez puede, asimismo, acordar la modificación o finalización de esta modalidad de adopción atendiendo al interés del menor. Para la toma de cualquier de estas decisiones, la Entidad Pública remitirá al juez informes periódicos sobre el desarrollo de las visitas y comunicaciones, así como propuestas de mantenimiento o modificación de las mismas durante los dos primeros años y transcurridos éstos a petición del juez (artículo 178.4.2 del Código Civil).

Por otra parte, están legitimados para solicitar la suspensión o supresión de dichas visitas o comunicaciones la Entidad Pública, la familia adoptiva, la familia de origen y el menor, si tuviera madurez, y, en todo caso, si fuera mayor de doce años.

Ciertamente, esta modalidad de adopción abierta únicamente posibilita el mantenimiento de contacto o relación con la familia de origen en cualquier modalidad que se acuerde, pero, en ningún caso, el mantenimiento de vínculos jurídicos con aquella, pues, tales vínculos se extinguen con la adopción.

En fin, el artículo 119 de la Ley 4/2023 la denomina adopción con contacto y la define como "la constituida de acuerdo con lo establecido en el artículo 178.4 del Código Civil, en la que se mantiene alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, favoreciéndose especialmente, cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológicos".

Para que esta opere, se dispone la conveniencia de una adopción con contacto, se valorarán las relaciones existentes entre el niño, y su familia de origen y la posibilidad de que el mantenimiento de contactos con alguno de sus miembros pueda ser favorable para su identidad y desarrollo emocional, en cuyo caso se detallarán las características y condiciones de tales contactos de acuerdo con lo previsto en el artículo 178.4 del Código Civil.

En todo caso, en la propuesta de adopción con contacto que se eleve ante la autoridad judicial se especificará un plan de contacto previamente aceptado por la familia adoptante y los miembros de la familia de origen implicados, o sus tutores en caso de ser niños, que recogerá las pautas generales en cuanto a su periodicidad, duración y condiciones, cuyo establecimiento se regirá por el interés superior del niño. Para la elaboración del plan de contacto se contará con su participación y opinión, que se valorará en función de su edad y madurez, y será necesario su consentimiento cuando sea mayor de doce años.

Ahora bien, en estos casos de adopción con contacto, se asignarán familias adoptantes que se hayan ofrecido para ello y hayan sido declaradas idóneas para esta modalidad.

En cuanto a los seguimientos del plan de contacto y, en su caso, las propuestas de modificación del mismo, serán remitidos periódicamente por la Comisión de Protección a la Infancia y Adolescencia al órgano judicial durante los dos primeros años desde el inicio de la guarda con fines de adopción y posteriormente, a requerimiento del juez, según lo previsto en el artículo 178.4 del Código Civil.

Por otra parte, las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales tienen derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos. Las Entidades Públicas, previa notificación a las personas afectadas, prestarán a través de sus servicios especializados el asesoramiento y la ayuda que precisen para hacer efectivo este derecho. A estos efectos, cualquier entidad privada o pública tendrá obligación de facilitar a las Entidades Públicas y al Ministerio Fiscal, cuando les sean requeridos, los informes y antecedentes necesarios sobre el menor y su familia de origen (artículo 180.6 del Código Civil)¹⁵⁴.

2. LA KAFALA COMO INSTITUCIÓN DE PROTECCIÓN. PROHIBICIÓN DE LA ADOPCIÓN PROCEDENTE DE LA KAFALA

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en su art. 20 reconoce el derecho de los menores a la protección y asistencia especiales del Estado, de conformidad con las normas nacionales de éste, y entre esos cuidados reconoce la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores.

El artículo 23.1 de la Ley de Adopción Internacional (LAI) reconoce la kafala como “medida de protección” en España, lo que significa que siempre se puede pedir el reconocimiento de la kafala, el efecto legal en España de la decisión judicial extranjera que la constituye (y también de la kafala intrafamiliar), como institución de protección de menores, aunque no produzcan vínculos de filiación (artículo 34.1 de la LAI).

El Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, sobre la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños en su art. 3 e) recoge la kafala como medida contemplada en el Convenio (y el art. 33, como acogimiento en otro país), aunque este Convenio no regule la adopción como parte de su ámbito material (excluida expresamente en art. 4 b).

La Resolución-Circular de 15 de julio de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales, aclara que la kafala del Derecho de los países de inspiración coránica es una institución que no crea un vínculo de filiación entre el “kafils” o persona que asume la “Kafala” del menor y este último, y que se limita a fijar una obligación personal por la que los adoptantes se hacen cargo del adoptando y se obligan a atender su manutención y educación, de forma similar a la situación de acogimiento o prohijamiento del Derecho español (cita Resoluciones de 14 mayo 1992; 18 octubre 1993, 14 mayo 1992; 13 octubre 1995; 25 abril 1995; y 27-5.^a de febrero; y, 21 de marzo de 2006). En efecto, dice la Circular, que “el Derecho islámico clásico no regula ninguna institución como la adopción plena del Derecho español, esto es, equiparando la posición jurídica del hijo adoptivo con la propia de la filiación natural en cuanto a la creación de vínculos de parentesco y cambio subsiguiente en el estado civil de las personas. Ello se debe a que el Corán prohíbe que el hijo adoptivo se integre en la familia con los mismos apellidos y los mismos derechos sucesorios que los hijos naturales (vid. versículos 4 y 5 de la Sura XXXIII), tan sólo se admite que el niño acogido, que no adoptado, se beneficie de los cuidados materiales y de la educación que le proporciona la nueva familia de acogida. No se producen, en consecuencia, ni la modificación del orden sucesorio en la herencia causada por cualquiera de los miembros de la nueva familia, ni el nacimiento de vínculo de parentesco alguno ni, en consecuencia, impedimentos para el matrimonio (cfr. artículos 121 a 123 del Código de Familia argelino, y artículos 83.3 de la “Mudawana” marroquí y artículos 2 y 17 del “Dahir” n.º 1-02-172 de 13 de junio de 2002 relativo a la promulgación de la Ley n.º 15-01 relativa a la toma a cargo —“kafal” — de niños abandonados). Y añade esta Resolución que ni la “kafala”, ni las “adopciones simples” serán reconocidas

en España como propias adopciones, pero pueden ser reconocidas con efectos similares a los de un acogimiento familiar.

En suma, la kafala es una medida de protección de menores expresamente reconocida en normas internacionales y en consecuencia, garantiza la vida familiar de los menores, más aún, cuando el artículo 34 de la LAI articula mecanismos para asimilarla a otras medidas de protección de menores previstas en el Derecho español, como son el acogimiento y la tutela. El artículo 21 c) del Convenio de Nueva York ordena a los Estados contratantes velar por que “el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen” y, en consecuencia, la “kafala” equivale a un acogimiento.

En el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, de 10 de junio de 2020¹⁵⁵ la pretensión de los actores no es de reconocimiento de la kafala, sino de adopción plena del menor.

La prohibición de la adopción en España de menores procedentes de kafala es similar a la del Derecho belga. El artículo 361.5 del Code Civil belga exige, para que la kafala pueda dar paso a la adopción, que se trate de un menor huérfano de padre o de madre, o que haya sido declarado en situación de abandono y que se encuentre bajo la tutela de la autoridad pública, de tal manera que se excluye la posibilidad de que sea adoptado en Bélgica un menor respecto del cual se haya decretado una Kafala intrafamiliar. Al mismo tiempo, se requiere que la autoridad competente del Estado de origen del menor autorice su desplazamiento a Bélgica, a fin de que se establezca de forma permanente en este país y, por último, las autoridades competentes del Estado de origen y del Estado de recepción deben de formalizar por escrito un acuerdo, por el cual se confía el menor a los adoptantes. Cumplidos todos estos formalismos y una vez que el menor se encuentre en territorio belga, podrá procederse a su adopción por los tribunales competentes.

En sentido similar, en Francia, el artículo 370-3 Code civil, sobre adopción internacional, dispone que la adopción de un menor extranjero no podrá formalizarse en Francia si la ley personal de éste la prohíbe, salvo si el menor ha nacido y reside habitualmente en Francia. Y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que esta previsión no es contraria a los artículos 6,8 y 14 del CEDH (sentencia del TEDH, sección 5.^a, de 4 de octubre de 2012, rec. 43631/2009 (Affaire Harroudj c. Francia).

No está en juego el orden público, como afectación de algún Derecho Fundamental (igualdad, dignidad, educación, protección del menor) pues el menor estará protegido, aunque no se conceda la adopción. No cabe subordinar la protección del menor a una “armonía internacional de soluciones”, sino que se deben respetar los diversos ordenamientos jurídicos y aunque detrás de las prohibiciones de adopción puedan existir ideas religiosas extrañas a la concepción no confesional que inspira el sistema español, no apreciamos que el menor quede desprotegido. Es decir, la no viabilidad de la adopción no alcanza a suponer una infracción de Derechos Fundamentales.

El menor de edad aunque puede ostentar el apellido del adoptante, al ser de nacionalidad marroquí, hay que estar a su ley nacional. Marruecos no “desconoce la adopción”, sino que la prohíbe, el artículo 149 de la “Mudawana” marroquí dice que “la adopción (Attabani) será jurídicamente nula y no producirá ninguno de los efectos de la filiación legítima”.

Por tanto, no es posible tramitar la demanda cuando hay una kafala previa y es aplicable la ley nacional del adoptando, que prohíbe una adopción sucesiva.

Solo es posible tramitar la adopción si el menor está desamparado en España o si se acompaña certificado de idoneidad (para caso de adopciones en el extranjero).

Todo ello nos lleva a confirmar la resolución apelada. Visto el artículo 19.4 de la LAI y el defecto de mecanismos como la autorización de desplazamiento con fin de establecimiento permanente, o los acuerdos entre Estados, en interés del menor (artículo 9 de la LAI y artículo 21e) del Convenio de Nueva York), la adopción no es posible. El menor no ha nacido en España, ni está en situación de desamparo en nuestro país. Tampoco es sujeto de un procedimiento de adopción internacional que requiera certificado de idoneidad. El certificado de idoneidad es de imposible emisión.

Asimismo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 1.ª, de 19 de julio de 2021¹⁵⁶ manifiesta que, la institución marroquí de la kafala se considera muy cercana a la adopción en relación con las normas de nuestro ordenamiento jurídico que rigen en materia de familia y extranjería. Pues bien, en nuestro derechos los menores que, temporal o permanente se encuentren privado de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio tendrán derecho a la protección u asistencia especiales del Estado. El Código Civil español en su artículo 222.4 regula la tutela a favor de menores que se encuentran en situación de desamparo. En el Código de Familia de Marruecos o Al Mudawana, la representación legal del menor queda garantizada por la tutela legal, la tutela testamentaria o la tutela dativa (artículo 229), siendo tutores legales el padre, a madre o el juez por dicho orden. Asimismo, conforme al artículo 236 el padre es en derecho el tutor legal de sus hijos, mientras no haya sido removido de la tutela por una sentencia; en caso de impedimento del padre, le corresponde a la madre velar por los intereses urgentes de sus hijos. No obstante, es cierto que, si bien el artículo 164 de este Código atribuye la custodia del menor a la madre y a la madre siempre que subsistan los vínculos conyugales, no es menor cierto que, conforme al artículo 165 si ninguna de ello acepta hacerse cargo de las mismas, o bien, aunque acepten, no cumplen las condiciones necesarias, los interesados o el Ministerio Público puede dirigirse al tribunal pertinente para que designe el asignatario más apto entre los parientes cercanos del menor o entre otras personas. Por su parte, el artículo 22.1 del Convenio de Cooperación Judicial en Materia Civil, Mercantil y Administrativa, suscrito entre el Reino de España y el reino de Marruecos el 30 de mayo de 1998, prevé que las resoluciones judiciales en materia, civil, mercantil y administrativa, comprendidas las que concedan indemnizaciones de daños y perjuicios por responsabilidad civil a las víctimas de infracciones penales dictadas por órganos jurisdiccionales de alguno de ambos Estados Contratantes, tendrán la autoridad de cosa juzgada y fuerza ejecutiva en el otro estado, en las condiciones y según las modalidades establecidas por el presente título. El artículo 23 dispone que *“las resoluciones judiciales en materia civil, mercantil y administrativa dictadas por los órganos jurisdiccionales competentes de España y Marruecos, respectivamente, tendrán autoridad de cosa juzgada en el territorio de otro Estado, si reúnen las condiciones siguientes: 4. La resolución no contiene disposiciones contrarias al orden público del Estado en que se solicite la ejecución, ni a los principios del derecho internacional que sean aplicables en el mismo”*. A ello se ha de añadir que el artículo 30 del mismo Convenio precisa que *“los documentos auténticos ejecutivos en uno de los dos Estados serán declarados ejecutivos en el otro, por el tribunal competente, según la legislación del Estado donde debe procederse la ejecución”*. En el presenta

caso enjuiciado no existen datos nuevos que apoyen la adopción por la delegación diplomática de una decisión distinta a la dictado en primer lugar por la subdelegación del gobierno, posibilitando el reagrupamiento familiar. En consecuencia, se estima el recurso y se anula el acto administrativo que decidió en contra de dicha reagrupación del menor con su familia de origen por no ser ajustado a Derecho.

VIII. EXTINCIÓN DE LA ADOPCIÓN

El artículo 180.1 del Código Civil establece que, una vez constituida la adopción, ésta es irrevocable y supone la extinción de los vínculos con la familia de origen del adoptado¹⁵⁷. No obstante, el juez puede acordar la extinción de la adopción, a petición de cualquier de los progenitores del adoptando que, sin culpa suya, no hubieran podido intervenir en el expediente de adopción en los términos que establece el artículo 177 del Código Civil —asintiendo o siendo oídos—. Para poder solicitar la extinción será necesario que, la demanda se interponga en el plazo de los dos años siguientes a la adopción y que la extinción que soliciten no perjudique el interés del menor. El plazo debe entenderse de caducidad¹⁵⁸. Si el adoptando es mayor de edad, la extinción de la adopción exigirá su consentimiento expreso. La petición de extinción se sustanciará por los trámites del juicio verbal. Durante la sustanciación del proceso, el juez podrá adoptar, incluso de oficio y previa audiencia del Ministerio Fiscal, las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del adoptado menor o persona con capacidad modificada judicialmente (artículo 40.2 LJV). Ahora bien, el artículo 180.3 del Código Civil señala que, a pesar de la extinción de la adopción no se producirá la pérdida de la nacionalidad ni la vecindad civil que hubiera adquirido el adoptado, ni los efectos patrimoniales anteriormente producidos. No tiene la extinción de la adopción efectos retroactivos. No obstante, extinguida la adopción renacen los vínculos jurídicos del adoptado con su familia de origen.

Por su parte, el artículo 180.4 del citado cuerpo legal establece que, una vez constituida la adopción, la determinación posterior de la filiación por naturaleza no tendrá ningún efecto sobre la adopción¹⁵⁹.

Finalmente, señalar que, hay preterición del menor adoptado en la herencia de su padre biológico, fallecido antes de la constitución de la adopción. Así lo entiende la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de mayo de 2019¹⁶⁰, pues, la cuestión que en realidad se suscita en el recurso se refiere a los derechos del menor adoptado en la herencia de su padre biológico cuando este fallece antes de la constitución de la adopción. La demandada ahora recurrente sostiene que Avelino carecía de derecho sucesorio en el momento en que se realizó la partición hereditaria porque cuando fue adoptado no tenía consolidado su título de heredero, dado que la institución que lo tutelaba no había aceptado la herencia y, después de la adopción, se había extinguido su posible derecho hereditario a aceptar o repudiar la herencia de su padre biológico.

Existe un abundante número de sentencias en las que se analiza qué actos suponen aceptación tácita de la herencia, bien con la finalidad de determinar si el heredero que no ha utilizado el beneficio de inventario, pero ha realizado actos concluyentes que suponen aceptación tácita, debe responder también con sus propios bienes de todas las cargas de la herencia (artículo 1003 del Código Civil), bien

para valorar la eficacia de una renuncia posterior, que ya no sería posible si hubo previa aceptación (artículo 997 del Código Civil). De acuerdo con esta jurisprudencia, conforme al artículo 999 del Código Civil, para que haya aceptación tácita, es preciso que la actuación del llamado revele de forma clara, precisa e inequívoca la voluntad de aceptar (“actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar”), o que sus actos sean incompatibles con la ausencia de la voluntad de aceptar (actos “que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero”).

IX. RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN LAS ACTUACIONES PREVENTIVAS, DE ATENCIÓN INMEDIATA, DE RIESGO Y DESAMPARO

El artículo 106,2 de la Constitución garantiza la responsabilidad de los poderes públicos, (ya recogida como principio general en el artículo 9.3) al disponer que “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otro lado, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) establece en el artículo 32.1 que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. Y el art. 34 del mismo texto normativo señala: “1. Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”. En definitiva, no todo daño que produzca la Administración es indemnizable sino, que como se ha dicho, tan sólo los que merezcan la consideración de lesión, entendida, según la doctrina y jurisprudencia, como daño antijurídico, no porque la conducta de quien lo causa sea contraria a Derecho, sino porque el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportarlo, por no existir causas de justificación que lo legitimen. Las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, de fecha 10 de febrero de 1998, de 17 de octubre de 2000, 10 de octubre de 2000, 23 de mayo de 2014 o de 19 de febrero de 2016 han establecido los requisitos que deben concurrir para que se pueda declarar la responsabilidad de una Administración Pública y que deben ser examinados en cada caso concreto para decidir si la Administración ha incurrido en algún supuesto de responsabilidad y señalan los siguientes: a) La existencia de una lesión sufrida por el particular en sus bienes o derechos que sea antijurídica, esto es, que no tenga obligación de soportar, y que sea real y efectiva, individualizable, en relación a una persona o grupo de personas, y susceptible de valoración económica; b) Que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal

o anormal del servicio público, entendido éste como toda actuación, gestión, actividad, o tarea propia de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad; y c) Que exista una relación de causa-efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que concurra fuerza mayor. Es doctrina jurisprudencial consolidada la que entiende que la responsabilidad patrimonial es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, aunque, siempre que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido. Y reiteradamente se ha señalado por la jurisprudencia que solo son indemnizables las lesiones producidas provenientes de daños que no haya el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley. La antijuridicidad del daño viene exigiéndose por la jurisprudencia, en sentencias, entre otras muchas, de 22 de abril de 1994, que cita las de 19 de enero y de 7 de junio de 1988, de 29 de mayo de 1989, de 8 de febrero de 1991; y, de 2 de noviembre de 1993, según la cual: “esa responsabilidad patrimonial de la Administración se funda en el criterio objetivo de la lesión, entendida como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar, pues si existe ese deber jurídico decae la obligación de la Administración de indemnizar” (en el mismo sentido sentencias de 31 de octubre de 2000; y, de 30 de octubre de 2003)¹⁶¹.

También resulta conveniente recordar que en materia de responsabilidad patrimonial adquiere gran importancia la correcta aplicación de las normas sobre la carga de la prueba, de modo que corresponderá a quien sostiene que la Administración ha incurrido en responsabilidad patrimonial acreditar la concurrencia de los requisitos a los que nos hemos referido, incluidos los distintos conceptos por los que reclama una indemnización y el importe de los mismos, siendo carga de la Administración probar los hechos impositivos u obstativos a la pretensión de la parte actora, conforme dispone el artículo 217 de la LEC, debiéndose recordar en este punto que a tal fin son admisibles tanto las pruebas directas como las indirectas. Las normas de la carga de la prueba deben cohonestarse con el principio de facilidad probatoria (cuando a una de las partes le resulta fácil probar el hecho controvertido y no lo hace) y con el de la posibilidad probatoria (ya que no es posible exigir pruebas que resulten difíciles o de imposible realización).

Sin embargo, no debe olvidarse, tal como ha declarado también de forma reiterada el Tribunal Supremo (sentencias de 5 de junio de 1998; de 13 de septiembre de 2002; y, de 3 de junio de 2011, entre otras muchas) que no es acorde con el referido principio de responsabilidad patrimonial objetiva su generalización más allá del principio de causalidad, aun de forma mediata, indirecta o concurrente; de manera que, para que exista aquélla, es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso producido, y que la socialización de riesgos que justifica la responsabilidad objetiva de la Administración cuando actúa al servicio de los intereses generales no permite extender dicha responsabilidad hasta cubrir cualquier evento, lo que, en otras palabras, significa que la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad

desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico¹⁶².

De esta manera, el criterio que se viene siguiendo por el Tribunal Supremo (sentencias de 5 de junio de 1997; de 10 de octubre de 2007; o de 3 de junio de 2011), y por los distintos Tribunales Superiores de Justicia (sentencia del TSJ de Murcia de 1 de marzo de 2002; de Andalucía —Granada— de 31 de enero de 2000; de Asturias de 13 de julio de 2004; y, de Navarra de 30 de septiembre de 2004, es el de cuestionarse si el riesgo inherente al funcionamiento del servicio público ha rebasado o no los límites impuestos por los “estándares de seguridad jurídica”; de tal suerte, que para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico, basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. Si ello es así, no existirá entonces deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y, consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a imputable a la Administración. En definitiva, la eficacia exigible de los servicios públicos ha de ser la “estándar” en función de los valores aceptados al momento actual, y de lo que a tenor de los mismos puede resultar racionalmente exigible a la Administración en el funcionamiento de sus servicios públicos conforme a las exigencias de un Estado Social y Democrático de Derecho. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 3 de junio de 2001 afirma: “Sin embargo, no está de más añadir, en línea con lo ya afirmado con anterioridad por esta Sala en diversas ocasiones, particularmente en materia de accidentes de tráfico (sentencia de 10 de octubre de 2007, rec. 851/2004) que si bien: “Es cierto que la principal característica de la responsabilidad patrimonial es su carácter directo y objetivo, en el doble sentido de que la reclamación se formula frente a la Administración actuante sin necesidad de concretar al funcionario causante del daño, y de que la responsabilidad, y por tanto la obligación de indemnización, nace sin necesidad de que exista culpa, ni siquiera ilicitud o anormal funcionamiento, de la Administración”, ello tampoco convierte, a través de esta institución, a la Administración en una aseguradora universal de cualquier daño que sufran los particulares. Y así lo ha reiterado la doctrina jurisprudencial, por todas sentencias de 7 de febrero de 1998; 10 de febrero de 2000; y, 26 de Febrero de 2002 al afirmar que: “para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración, y que ahora contempla expresamente el artículo 141.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero, al disponer que “sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley...”; es necesario que el daño sea antijurídico al no existir deber de soportarlo pues lo contrario convertiría a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales; lo que, no resulta acorde con el significado de la responsabilidad extracontractual, aunque sea objetiva o por el resultado, como declaró esta Sala, entre otras, en su Sentencia de 7 de febrero de 1998 (recurso de casación 6282/93, fundamento jurídico tercero)”. En esta línea, la sentencia del Alto Tribunal y Sala, de 17 de abril de 2007 señala que, sobre la existencia de nexo causal con el funcionamiento del servicio, la jurisprudencia viene modulando el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, rechazando que

la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con el mismo que se pueda producir. En esta línea, la sentencia de 14 de octubre de 2003 manifiesta que: “Como tiene declarado esta Sala y Sección, en sentencias de 30 de septiembre del corriente, de 13 de septiembre de 2002 y en los reiterados pronunciamientos de este Tribunal Supremo, que la anterior cita como la Sentencia, de 5 de junio de 1998 (recurso 1662/94), la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquella de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas, convierta a éstas, en aseguradoras universales de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, como pretende el recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro Ordenamiento Jurídico.

La aplicación de la doctrina expuesta a casos como el de autos, en los que el daño se imputa a un actuar de la Administración dentro de unas competencias específicas de protección de los menores, lleva a matizar esa teoría de la responsabilidad objetiva, de forma que nuestra jurisprudencia ha venido a situar fuera del ámbito indemnizatorio aquéllos supuestos de aplicación administrativa de conceptos jurídicos indeterminados o discrecionales donde existe un margen de apreciación (en línea con el denominado “margen de tolerancia” expuesto por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 31 de Enero de 2008, en línea con lo fijado por la Sentencia de esta misma sección, de fecha 8 de Febrero del 2006 (Rec. 445/2003): “En estos supuestos no existiría duda de que siempre que el actuar de la Administración se mantuviese en unos márgenes de apreciación no solo razonados sino razonables deberla entenderse que no podría hablarse de existencia de lesión antijurídica, dado que el particular vendría obligado por la norma que otorga tales potestades discrecionales a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio siempre que este se llevase a cabo en los términos antedichos; estaríamos pues ante un supuesto en el que existiría una obligación de soportar el posible resultado lesivo”. Como ya señalaba esta misma Sala en su sentencia de 28 de diciembre de 2018 (Recurso 306/2017), ello nos sitúa ante el examen de la naturaleza y alcance de la potestad de tutela confiada a la Administración actuante,

En particular, nuestra legislación responde a la consagración en el plano constitucional internacional del *favor minoris* o interés del menor como principio superior que debe presidir cualquier resolución en materia de protección de menores (artículo 39 CE, Convenios Internacionales Nueva York, Convención de las Naciones Unidas de 1989). En la jurisprudencia constitucional son constantes las referencias al superior interés del menor como principio orientador de las medidas de protección frente al interés de los progenitores biológicos, aunque se advierte que éste no resulta desdeñable (sentencia 58/2008, de 28 de abril) e igual sucede en la jurisprudencia del TEDH (entre otras muchas, enumeradas en el ATC 28/2001, de 1 de febrero, caso WW contra Gran Bretaña de 8-7-1987). Las medidas que han de tomarse para proteger al menor deben tener siempre en cuenta el valor superior del interés del niño, recogido en el artículo 3.1 de la Convención de Nueva York sobre Derechos del Niño, de 20 noviembre 1989, ratificada por España en 1990. Dicho artículo establece que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las

instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas, o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Esta norma ha sido recogida en el artículo 2.1 de la LOPJM que establece como principio general que “En la aplicación de la presente ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”, y fijando su art. 11.2 el principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación a los niños: “a) La supremacía del interés del menor; b) El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés y c) su integración familiar y social”. Por tanto, la legislación que regula las decisiones que deben adoptarse en los casos de situaciones de riesgo para los niños, sobre todo cuando haya que tomar la medida de separación de la familia, requiere que estas se funden siempre en el interés del menor, como así se proclama en el artículo 172.4 del Código Civil.

En aplicación de este consolidado principio, la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 31 julio 2009 dice que cuando existe una contradicción entre el interés del menor y la reinserción familiar, debe tenerse en cuenta “la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor (...)”, de modo que “el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor”. Ciertamente esta sentencia resolvía un conflicto entre un acogimiento familiar acordado por el desamparo declarado del menor y la reclamación de la familia biológica, pero su doctrina y cita resulta oportuna para mostrar el juego prevalente del interés del menor sobre el de los padres. En consecuencia, podemos afirmar que la potestad tutelar de la Administración en este ámbito le permite adoptar medidas cautelares, provisionales o de acogimiento del menor, atendiendo a la ponderación de intereses en juego, y según el contexto concreto de actuaciones procesales concurrentes en el caso, teniendo en cuenta que el interés del menor es preferente sobre el de la familia. No estamos por tanto, ni ante una potestad estrictamente reglada ni tampoco abiertamente discrecional sino ante una potestad que puede y debe ejercerse bajo la perspectiva del interés del menor, observando elementales exigencias de motivación y proporcionalidad, pero sin que, digámoslo ya, pueda en los casos de decisiones administrativas sobre posible situación de desamparo del menor, cuando median actuaciones judiciales penales frente a un progenitor, imputarse automáticamente responsabilidad a la Administración tanto si asume la tutela pública (y luego la sentencia penal firme es absolutoria) como si no asume la tutela pública (y luego la sentencia penal firme es condenatoria), ya que el instituto de la responsabilidad se asienta por hacer lo que no debe o por no hacer lo que se debe, pero nunca en ambos casos frente a una misma situación.

En este contexto, procede señalar que la tutela de los menores constituye una función constitucional y legal que actúa bajo principios de prevención, de manera que el test de responsabilidad ha de pasar por la ponderación de las circunstancias del caso para evaluar si la actuación administrativa fue arbitraria, irrazonable, negligente o precipitada.

Como ha dicho la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo de 21 de diciembre de 2017 (rec. 3840/2015): “En los supuestos de

ejercicio de potestades discrecionales por la Administración, el legislador ha querido que ésta actúe libremente dentro de unos márgenes de apreciación con la sola exigencia de que se respeten los aspectos reglados que puedan existir, de tal manera que el actuar de la Administración no se convierta en una conducta arbitraria rechazada por el artículo 9.3 de la Constitución. En estos supuestos parece que no existiría duda de que siempre que el actuar de la Administración se mantuviese en unos márgenes de apreciación no sólo razonados sino razonables, debería entenderse que no podría hablarse de existencia de lesión antijurídica, dado que el particular vendría obligado por la norma que otorga tales potestades discrecionales, a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio, siempre que éste se llevase a cabo en los términos antedichos. Estaríamos pues ante un supuesto en el que existiría una obligación de soportar el posible resultado lesivo. El tema, sin embargo, no se agota en los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales dentro de los parámetros que exige el artículo 9.3 de la Constitución, sino que ha de extenderse a aquellos supuestos, asimilables a éstos, en que en la aplicación por la Administración de la norma jurídica en caso concreto no haya de atender sólo a datos objetivos determinantes de la preexistencia o no del derecho en la esfera del administrado, sino que la norma, antes de ser aplicada, ha de integrarse mediante la apreciación, necesariamente subjetivada, por parte de la Administración llamada a aplicarla, de conceptos indeterminados determinantes del sentido de la resolución”.

La sentencia de esta misma Sala, de 29 de mayo de 2017 (Recurso 450/2017), afirma al respecto que: “En consecuencia, podemos afirmar que la potestad tutelar de la Administración en este ámbito le permite adoptar medidas cautelares, provisionales o de acogimiento del menor, atendiendo a la ponderación de intereses en juego, y según el contexto concreto de actuaciones procesales concurrentes en el caso, teniendo en cuenta que el interés del menor es preferente sobre el de la familia. No estamos por tanto, ni ante una potestad estrictamente reglada, ni tampoco abiertamente discrecional, sino ante una potestad que puede y debe ejercerse bajo la perspectiva del interés del menor; observando elementales exigencias de motivación y proporcionalidad, pero sin que, digámoslo ya, pueda en los casos de decisiones administrativas sobre posible situación de desamparo del menor; cuando median actuaciones judiciales penales frente a un progenitor; imputarse automáticamente responsabilidad a la Administración tanto si asume la tutela pública (y luego la sentencia penal firme es absolutoria), como si no asume la tutela pública (y luego la sentencia penal firme es condenatoria), ya que el instituto de la responsabilidad se asienta por hacer lo que no debe o por no hacer lo que se debe, pero nunca en casos como el enjuiciado, en que la Administración, ha actuado guiada por el interés del menor y lo ha hecho contando con amparo en resoluciones judiciales irresistibles”. Anteriormente, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 de noviembre del 2010 (rec. 614/2007), resolvía la reclamación de indemnización por responsabilidad por daños y perjuicios derivados de la declaración de desamparo de los menores, con la consiguiente suspensión de la potestad y la tutela de los padres, ya que, al parecer de la parte recurrente, la actuación de la Administración ha sido antijurídica pues no existían indicios suficientes para adoptar la resolución de desamparo y más cuando en el seno familiar tenían cubiertas sus necesidades. Afirma la Sala: “Debe afirmarse que cuando la Administración en el ejercicio de su potestad resolutoria de los expedientes, actúa dentro de

los límites normales de interpretación de la normativa aplicable y del significado y trascendencia de los hechos que fueron objeto de aquellos, aunque se demuestre que finalmente ha aplicado de forma errónea el derecho no por ello debe necesariamente responder patrimonialmente de este hecho. Asimismo, hay que destacar que la Administración mantuvo un seguimiento constante de la situación familiar, como se acredita por las subsiguientes resoluciones que fue adoptando a la vista de la evolución de la situación de los miembros del grupo familiar: La declaración de desamparo y acogimiento simple de los menores en un centro hasta devolver la custodia los padres, fue una medida tomada en beneficio de aquéllos, y por tanto una medida que todos los recurrentes debieron soportar. Además, la Administración con el transcurso del tiempo y al mejorar la situación, fue adoptando las oportunas medidas adecuadas al contexto de la situación familiar vivida...". Y, en fin, la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 6 de octubre de 2010 (rec.796/2008) desestima la indemnización por medidas similares adoptadas por la Administración autonómica señalando que: "Este tribunal no puede llegar a conclusión distinta de la de considerar que en el caso de autos no concurre una actuación antijurídica imputable a la Administración demandada, puesto que la misma en todo momento ha actuado guiada por la pretensión del interés de la menor tratando, en primer lugar, de integrarla en una familia adecuada para su mejor desarrollo espiritual y material, según las directrices marcadas por los equipos técnicos oficiales y reaccionando frente a las actuaciones judiciales promovidas por los hoy recurrentes a través de los medios legalmente establecidos".

Respecto al concepto de daños morales nos parece procedente señalar, simplemente, que, el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, tiene declarado que el daño moral constituye una noción dificultosa (sentencia del Tribunal de Supremo, de 22 de mayo de 1995), relativa e imprecisa. Iniciada su indemnización en el campo de la culpa extracontractual, se amplió su ámbito al contractual adoptándose una orientación cada vez más amplia. La situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, un estado de impotencia, zozobra (como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre), una situación de ansiedad y angustia (sentencia de 6 de julio de 1990), de impacto emocional con la incertidumbre consecuente (sentencia de 27 de enero de 1998). Aunque en materia de daño moral se tiende a evolucionar hacia concepciones amplias como la del "placer frustrado", no puede operar sin más en todo caso de incumplimiento contractual, ni es subsumible, en principio, en la previsión general de evitar que "el contrato opere en el vacío". Sin embargo, sí opera cuando se da una situación que revela por sí misma la singular afección».

Es, igualmente, cierto que la moderna jurisprudencia viene sosteniendo que no es imprescindible la prueba de los daños y perjuicios cuya indemnización se reclama salvo cuando éstos resultan inherentes al incumplimiento como daños "*in re ipsa*" (sentencias del Tribunal Supremo, de 5 de abril de 2022; de 17 de marzo de 2003; y, de 14 de abril de 2003, entre otras) o "*in re ipsa loquitur*" (cuando se trata de los daños morales), así como, cuando de los hechos demostrados o reconocidos por las partes en el pleito se deduzca necesariamente la existencia del daño (sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 1992), pero por más que en estos casos resulte el que reclama relevado de la prueba de tales daños, no todos los reclamados han de ser, sin más, objeto de indemnización, porque tal solución, aun partiendo de un previo

incumplimiento contractual, resultaría a todas luces injusta, por hacer depender de la sola voluntad y capricho del que reclama la indemnización. Es, por ello, por lo que el artículo 1107 del Código Civil distingue los daños y perjuicios de los que responde el deudor de buena fe, que se concretan sólo en los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento, de aquellos otros de los que responde el deudor de mala fe que son todos los que se deriven del incumplimiento de la obligación.

Se afirma, en sede de prueba, que la jurisprudencia exige acreditar la realidad y alcance del daño, esto es, su existencia y contenido o entidad, y que ello es aplicable al daño moral.

La temática planteada, aunque relacionada con la doctrina general sobre la carga de la prueba del daño, presenta ciertas peculiaridades, sobre todo por la variedad de circunstancias, situaciones o formas (polimorfía) con que puede presentarse el daño moral en la realidad práctica, y de ello es muestra la jurisprudencia, que aparentemente contradictoria, no lo es si se tienen en cuenta las hipótesis a que se refiere. Así se explica que unas veces se indique que la falta de prueba no basta para rechazar de plano el daño moral (sentencia de 21 de octubre de 1996), o que no es necesaria puntual prueba o exigente demostración (sentencia de 15 de febrero de 1994), o que la existencia de aquel no depende de pruebas directas (sentencia de 3 de junio de 1991), en tanto en otras se exija la constatación probatoria (sentencia de 14 de diciembre de 1993), o no se admita la indemnización —compensación o reparación satisfactoria— por falta de prueba (sentencia de 19 de octubre de 1996). Lo normal es que no sean precisas pruebas de tipo objetivo (sentencias de 23 julio de 1990; de 29 de enero de 1993; de 9 diciembre de 1994; y de 21 de junio de 1996), sobre todo en relación con su traducción económica, y que haya de estarse a las circunstancias concurrentes, como destacan las sentencias de 29 de enero de 1993; y, de 9 de diciembre de 1994. Cuando el daño moral emane de un daño material (sentencia de 19 de octubre de 1996), o resulte de unos datos singulares de carácter fáctico, es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte, pero cuando depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa, que justifica la operatividad de la doctrina de la “*in re ipsa loquitur*”, o cuando se da una situación de notoriedad (sentencias de 15 febrero de 1994; y, de 11 de marzo de 2000), no es exigible una concreta actividad probatoria.

Por otro lado, en materia de prueba, cuando es de aplicación su exigencia, rige la doctrina general que veda su verificación o control en casación, sino se plantea por el cauce y con el fundamento adecuado, resultando esta apreciación de consignación oportuna, porque en el recurso se niegan datos fácticos sentados en la resolución recurrida sin más argumento que el mero disenso, lo que supone incurrir en petición de principio, o hacer supuesto de la cuestión, que, como es conocido, está vedado en casación.

La situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico (sentencias de 22 mayo de 1995; de 19 de octubre de 1996; y, de 27 de septiembre de 1999). La jurisprudencia se ha referido a diversas situaciones, entre las que cabe citar el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual (sentencia de 23 de julio de 1990), impotencia, zozobra, ansiedad, angustia (sentencia de 6 de julio de 1990), la zozobra, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre (sentencia de 22 de mayo de 1995), el trastorno de ansiedad, impacto emocional,

incertidumbre consecuente (sentencia de 27 de enero de 1998), impacto, quebranto o sufrimiento psíquico (sentencia de 12 de julio de 1999)¹⁶³.

En este contexto, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de A Coruña, Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 1.ª, de 20 de septiembre de 2024 rechaza que la Consellería de Política Social de la Xunta deba indemnizar a una pareja —solicitaba 120.000 euros— por el daño moral que asegura que le ocasionó como consecuencia del ejercicio de la guarda preadoptiva de un menor en 2016, durante la cual el niño fue diagnosticado de síndrome de alcoholismo fetal. Los magistrados concluyen en la resolución que, de las pruebas practicadas, tanto documentales como testificales, no puede considerarse acreditado que la Administración autonómica hubiese ocultado información a los recurrentes. Subrayan que “es evidente que ese grave diagnóstico no existía en el momento de la formalización de la guarda preadoptiva”, al tiempo que indican que “es indudable que los recurrentes pudieron sufrir decepción, tristeza, frustración porque la adopción no pudiese realizarse finalmente, pero no se ha acreditado que se hubiese producido el daño moral por el que reclaman”.

El tribunal recalca que “ninguna duda existe acerca de que consta la declaración de idoneidad de los recurrentes para ejercer la guarda preadoptiva”, así como que “habían solicitado la adopción de un menor que no tuviese problemas de salud”. Además, considera probado que nada más iniciarse la convivencia con el niño “constataron el comportamiento anómalo y agresivo de éste, que consistía en su forma de relacionarse no solamente con los recurrentes, sino también con los demás adultos, era pegar, dar patadas”. Lógicamente, según explican los jueces, “esa situación creó en los recurrentes una enorme preocupación y desasosiego, que se vio incrementada cuando se escolarizó al menor y se comprobó que su comportamiento seguía siendo disruptivo”.

Además, en la sentencia inciden en que lo que la Xunta había autorizado era una guarda preadoptiva, no una adopción definitiva, “situación creada precisamente para evaluar si se produce o no la integración del menor en una familia determinada”. El diagnóstico, según subraya el Tribunal Superior, “cambió por completo la situación, toda vez que, de conformidad con la normativa, ese diagnóstico requería una adopción especializada”.

Asimismo, en cuanto a los reproches de los recurrentes respecto a la firma del documento de cesación de la guarda preadoptiva, los magistrados señalan que en el informe del equipo de adopción “consta claramente que manifestaron que no se veían capaces de seguir adelante, opinión compartida tanto por el equipo de adopción como por la terapeuta”. Por último, en relación con el reproche respecto a la excesiva duración del periodo de suspensión del expediente y a la falta de realización de otra guarda preadoptiva, el alto tribunal indica que, como resulta de la normativa de aplicación, “el interés que debe primar siempre en este tipo de procesos es el interés de los menores”. Por lo tanto, descarta la existencia de responsabilidad patrimonial por parte de la Xunta, por lo que desestima el recurso. La sentencia no es firme, pues es recurrible en casación ante el Tribunal Supremo.

Por el contrario, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 22 de mayo de 2024¹⁶⁴ condena a la Consejería de Bienestar Social de la Junta de Comunidades De Castilla-La Mancha a indemnizar a unos padres y a sus hijos con 328.000 euros, por los daños y perjuicios causados por la indebida declaración de desamparo de tres menores. El artículo 18.4

de la LOPJM establece que en caso de traslado permanente de residencia de un menor sujeto a una medida de protección desde la Comunidad Autónoma que la adoptó a otra distinta, corresponde a ésta asumir aquella medida o adoptar la que proceda en un plazo máximo de tres meses desde que haya sido informada del traslado.

En este caso, la Administración Canaria acordó declarar la situación provisional de desamparo.

Para el Tribunal, acordada dicha situación provisional de desamparo por la Administración de Canarias, la Consejería de Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha debería haber realizado todos aquellos actos administrativos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de la situación de desamparo; concretamente debería haber recabado informes sanitarios, psicológicos, socio-familiares, educativos, legales y cuantos se estimen oportunos sobre el menor y su familia.

En este sentido, la sentencia estima que la Administración actuó con celeridad en el dictado de las resoluciones de protección de menores, sin haber practicado todas las actuaciones necesarias en el plazo de los tres meses para ratificar o no la resolución provisional de la Administración de Canarias.

En la declaración de desamparo no se hace mención alguna a la situación provisional de desamparo que acordó la Dirección General de Protección de la Infancia y la Familia de Canarias, sino que se limita a declarar a los menores en situación de desamparo y la asunción de tutela.

Para el Tribunal, aunque existía una situación de base que requería la adopción de medidas urgentes, se acordó la declaración de desamparo en base a unas causas que podían haber sido objeto de otra medida de protección y, en cuanto a la situación de sospecha de enfermedad mental de los progenitores, sin recabar más información. Todo ello, a pesar de que consta que incluso antes de la declaración de desamparo, se aportó un informe emitido por el Servicio de Psiquiatría del Complejo Hospitalario de Toledo en el que se indicaba que la madre no presentaba patología en dicho momento. Además, consta en el expediente que las circunstancias sociofamiliares que dieron lugar al ingreso de los menores no eran un caso de negligencia crónica y generalizada, y se sugería que los progenitores debían ser valorados a nivel social y psicológico para poder determinar si mantener la unión familiar era una alternativa para sus hijos.

Por todo ello, la Sala destaca la sensación de abandono que sufrieron los menores y acuerda el abono de indemnización a los recurrentes y sus hijos por los daños y perjuicios causados por la indebida declaración de desamparo.

Sobre tales bases, se constata que en las actuaciones por las Administraciones Públicas en materias de riesgo¹⁶⁵; de declaración de desamparo —privación de la patria potestad¹⁶⁶, de medidas cautelares provisionales¹⁶⁷; de acogimiento residencial¹⁶⁸ o familiar¹⁶⁹; derecho de visitas¹⁷⁰; de reagrupación familiar y, de adopción —nacional o internacional—¹⁷¹ pueden derivar en responsabilidad de la Administración por los daños causados; o no incurrir en la misma por un funcionamiento normal y correcto de aquélla.

X. BIBLIOGRAFÍA

ADROHER BIOSCA, S. (2017). "La reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia por Leyes 8/2015 y 26/2015: razones, proceso de elaboración

- y principales novedades”. En: M.^a V. Mayor Del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- BERROCAL LANZAROT, A.I. (2015). “Las instituciones de protección a la infancia y adolescencia: atención inmediata, situación de riesgo y desamparo, tutela administrativa y acogimiento familiar y residencial tras la Ley 26/2015”, *LA LEY Derecho de Familia. Especial Reforma del Sistema de Protección a la Infancia y Adolescencia*, octubre.
- (2016). “Violencia de género y custodia compartida”, *LA LEY Derecho de Familia*, número 12, octubre-diciembre, pp. 1-13.
- CALZADILLA MEDINA, M.^a A. (2021). “La constitución de un régimen de visitas y de comunicaciones en casos de violencia: la reforma del artículo 94 del Código Civil por la Ley 8/2021, de 2 de junio”. En: M.^a A. Calzadilla Medina (dir.), C. Hernández López (coord.), *Estudios Jurídicos sobre la eliminación de la violencia ejercida contra la infancia y la adolescencia*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- CARDONA GUASCH, O., “Comentario artículo 18 de la Ley 26/2015”. En: Fco. Lledó Yagüe; M.^a P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Llena, M.^a J. Achón Bruñén (dirs.), O. Monje Balmesada (coord.), *Estudios sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Madrid: Dykinson.
- DIEZ GARCÍA, H. (2016), “Comentario al artículo 172 del Código Civil”. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *La modificaciones al Código Civil del año 2015*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- FERNÁNDEZ MASIÁ, E. (2024). “El acogimiento transfronterizo como medida de protección del menor en la Unión Europea”, *Revista Internacional de Derecho Privado*, pp. 1-36.
- GARCÍAS DE ESPAÑA, E. (2018). “Comentario al artículo 14 de la Ley 26/2021”. En: Fco. Lledó Yagüe; M.^a P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Llena, M.^a J. Achón Bruñén (dirs.), O. Monje Balmesada (coord.), *Estudios sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Madrid: Dykinson.
- GARRIDO CHAMORRO, P. (2016). “Las instituciones civiles de protección de menores y la adopción”. En: director V. M. Garrido De Palma (dir.), *Instituciones de Derecho Privado, T.IV Familia*, vol. 2.º, 2.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 2016.
- GÓMEZ BENGOCHEA, B. (2024). “Adopción abierta: desarrollo normativo y aplicación práctica en España 10 años después”, *LA LEY Derecho de familia*, núm. 43, julio, pp. 1-25.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2016). “El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor”. En: V. Cabedo Mallol e I. Ravellat Ballest (dirs.), *Comentarios sobre las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, Valencia: tirant lo Blanch.
- (2017). “La configuración del interés del menor ex artículo 2 LOPJM y su posible aplicación a la determinación del interés de la persona con discapacidad intelectual o mental: una propuesta”. En: M.^a V. Mayor Del Hoyo (dir.), *La re-*

- forma legislativa de 2015, Cizur Menor, (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi.
- GUIRADO, S., y RAMÓN, F. (2020). “Custodia compartida y violencia de género: perspectivas de presente y de futuro”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, número 12, febrero, pp. 676-697.
- HERNÁNDEZ IBAÑEZ, C. (2022). “La supresión de la facultad de corregir razonable y moderadamente a los hijos y pupilos: ¿un craso error del legislador?”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, número 1, enero-marzo, pp. 103-139.
- HUETE NOGUERAS, J.J. (2017). “Desafíos de la nueva Ley: nuevos derechos de los menores y el papel del Ministerio Fiscal”. En: M.^a V. Mayor Del Hoyo (dir.), *La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi.
- LINACERO DE LA FUENTE, M. (2021). *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, 3.^a ed., tirant lo blanch, Valencia 2021.
- LOPEZ AZCONA, A. (2016). “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LXX, número 2185, enero.
- LLODRÀ GRIMALT, F. (2018). “Comentario al artículo 11 de la Ley 26/2015”. En: directores Fco. Lledó Yagüe; M.^a P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Llena, M.^a J. Achón Bruñén (dirs.), O. Monje Balmesada (coord.), *Estudios sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Madrid: Dykinson.
- MARÍN LÓPEZ, M.J. (2021). “Comentarios a los artículos 92 y 94 del Código Civil”. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5.^a ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2021). “Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio”. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*, 6.^a ed., Madrid: Edisofer.
- MARTÍNEZ GARCÍA, C. (2021). “La protección administrativa de la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Niveles y ámbitos de actuación prioritarios”. En: C. Martínez García (coord.), *Infancia, violencia y derechos. El nuevo marco legal de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- MAYOR DEL HOYO, M.^a V. (2016). “El nuevo acogimiento: régimen jurídico tras la Ley 26/2015, de 28 de julio”. En: M.^a V. Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- MIRALLES GONZÁLEZ, I., “Comentario al artículo 19 de la Ley 26/2015”, *Estudios sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, directores Francisco Lledó Yagüe; María Pilar Ferrer Vanrell, Juan Antonio Torres Llena, María José Achón Bruñén, coordinador Oscar Monje Balmesada, Dykinson, 2018.
- MÚRTULA LAFUENTE V. (2016). *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Madrid: Dykinson.
- (2017). El interés del menor en las situaciones de riesgo y desamparo provocadas por la violencia de género”. En: M.^a V. Mayor Del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.

- ORTEGA CALADERÓN J.L. (2021). “La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 del Código Civil tras la reforma por la Ley 8/21, de 2 de junio”, *Diario La Ley*, núm. 9892, sección Tribuna, 15 de julio, pp. 1-17.
- PANIZA FULLANA A. (2018). “Comentario al artículo 17 apartado 9 de la Ley 26/2015”. En: Fco. Lledó Yagüe; M.^a P. Ferrer Vanrell, Juan Antonio Torres Llena, M.^a J. Achón Bruñén (dirs.), O. Monje Balmesada (coord.), *Estudios sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Madrid, Dykinson,.
- PÉREZ ÁLVAREZ M.Á. (2016). “Comentario al artículo 172 del Código Civil”. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado, vol. I, 2.^a ed.*, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters.
- (2017). “Consideraciones sobre la evolución del sistema de protección de menores”. En: M.^a V. Mayor Del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- PÉREZ VALLEJO A.M.^a (2016). “Custodia compartida y violencia de género: cuestiones controvertidas ex artículo 92.7 del Código Civil”, *Revista de Estudios de las Mujeres*, vol. 4, pp. 87-115.
- SAIN-CANTERO M.^a B. (2014). “El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia”, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, número 4, octubre-diciembre.
- (2018). “Comentario al artículo 172 del Código Civil”. En: Fco. Lledó Yagüe; M.^a P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Llena, M.^a J. Achón Bruñén (dirs.), O. Monje Balmesada (coord.), *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Madrid: Dykinson, 2018.
- SÁNCHEZ MELGAR, J. (2021). “La prueba preconstituida en las declaraciones de los menores y discapacitados”, *LA LEY Derecho de Familia*, número 32, pp. 2-32.
- TARDÓN OLMOS M. (2016). “El régimen de visitas en supuestos de violencia de género. Aplicación práctica”, *LA LEY Derecho de Familia*, número 12, octubre-diciembr, pp. 1-8.
- VERDERA IZQUIERDO B. (2017). “El interés del menor versus interés familiar e interés particular de los progenitores”. En: M.^a V. Mayor Del Hoyo (dir.), *La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.

XI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC, Sala Segunda, secc. 2.^a, 20 de febrero de 2023.
- STC, Sala Segunda, secc. 2.^a, 6 de marzo de 2023.
- STC, Sala Segunda, secc. 2.^a, 15 de enero de 2024.
- STC, Sala Segunda, secc. 2.^a, 14 de febrero de 2024.
- STC, Sala Segunda, secc. 2.^a, 27 de febrero de 2024.
- STC, Sala Segunda, secc. 2.^a, 8 de abril de 2024.
- STC, Sala Segunda, secc. 2.^a, 3 de junio de 2024.
- STC, Sala Segunda, secc. 2.^a, 23 de septiembre de 2024.

- STS, Sala de lo Civil, 10 de mayo de 2019.
- STS, Sala de lo Civil, 2 de noviembre de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, 31 de marzo de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, de 21 de febrero de 2023.
- STS, Sala de lo Civil, 14 de febrero de 2023.
- STS, Sala de lo Civil, 21 de febrero de 2023.
- STS, Sala de lo Civil, 20 de septiembre de 2023.
- STS, Sala de lo Civil, 20 de septiembre de 2023.
- STS, Sala de lo Civil, 18 de octubre de 2023.
- STS, Sala de lo Civil, 23 de octubre de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, 20 de junio de 2024.
- STS, Sala de lo Civil, 22 de julio 2024.
- STS, Sala de lo Civil, 17 de septiembre de 2024.
- STS, Pleno de la Sala de lo Civil, 4 diciembre 2024.
- STSJ Sevilla, Contencioso-administrativo, secc. 3.^a, 23 de octubre de 2014.
- STSJ Barcelona, Contencioso-administrativo, secc. 4.^a, 4 de mayo de 2015.
- STSJ Madrid, Contencioso-administrativo, secc. 1.^a, 8 de junio de 2015.
- STSJ Sevilla, Contencioso-administrativo, secc. 3.^a, 17 de junio de 2015.
- STSJ Las Palmas de Gran Canaria, Contencioso-administrativo, secc. 1.^a, 29 de julio de 2016.
- STSJ Madrid, Contencioso-administrativo, secc. 1.^a, 26 de septiembre de 2016.
- STSJ Madrid, Contencioso-administrativo, sec. 10.^a, 4 de noviembre de 2016.
- STSJ Granada, Contencioso-administrativo, secc. 1.^a, 21 de diciembre de 2016.
- STSJ Santa Cruz de Tenerife, Contencioso-administrativo, secc. 1.^a, 10 de marzo de 2017.
- STSJ Oviedo, Contencioso-administrativo, secc. 1.^a, 14 de junio de 2017.
- STSJ Granada, Contencioso-administrativo, secc. 1.^a, 2.^o de junio de 2017.
- STSJ Barcelona, Contencioso-administrativo, secc. 4.^a, 27 de diciembre de 2018.
- STSJ Oviedo, Contencioso-administrativo, secc. 1.^a, 28 de diciembre de 2018.
- STSJ Barcelona, Contencioso-administrativo, secc. 4.^a, 28 de junio de 2019.
- STSJ Málaga, Contencioso-administrativo, secc. 6.^a, 23 de abril de 2020.
- STSJ Valladolid, Contencioso-administrativo, secc. 1.^a, 15 de julio de 2021.
- STSJ Barcelona, Contencioso-administrativo, secc. 4.^a, 30 de junio de 2022.
- STSJ Barcelona, Contencioso-administrativo, secc. 4.^a, 14 de octubre de 2022.
- STSJ Valladolid, Contencioso-administrativo, secc. 1.^a, 18 de julio de 2023.
- STSJ A Coruña, Contencioso-administrativo, secc. 1.^a, 29 de noviembre de 2023.
- STSJ Sevilla, Contencioso-administrativo, secc. 1.^a, 11 de diciembre de 2023.
- STSJ Granada, Contencioso-administrativo, secc. 1.^a, 24 de enero de 2024.
- STSJ Castilla-La Mancha, Contencioso-administrativo, secc. 2.^a, 22 de mayo de 2024.
- STSJ A Coruña, Contencioso-administrativo, secc. 1.^a, 20 de septiembre de 2024.
- SAP Cantabria secc. 2.^a, 7 de enero de 2019.
- SAP Burgos, secc. 2.^a, 28 de mayo de 2019
- SAP León, secc. 2.^a, 27 de junio de 2019.

- SAP Granada, secc. 5.^a, 4 de octubre de 2019.
- SAP Barcelona, secc. 18.^a, 15 de enero de 2020.
- SAP A Coruña, secc. 3.^a, 3 de marzo de 2020.
- SAP Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.^a, 16 de marzo de 2020.
- SAP Málaga, secc. 6.^a, 23 de abril de 2020.
- SAP Barcelona, secc. 18.^a, 18 de mayo de 2020.
- AAP Barcelona, secc. 18.^a, 10 de junio de 2020.
- SAP Castellón, secc. 2.^a, 26 de junio de 2020.
- AAP La Rioja, secc. 1.^a, 8 de julio de 2020.
- SAP Cádiz, secc. 5.^a, 18 de mayo de 2020.
- AAP Toledo, secc. 1.^a, 16 de septiembre de 2020.
- SAP Teruel, secc. 1.^a, 22 de octubre de 2020.
- SAP Navarra, secc. 3.^a, 10 de noviembre de 2020.
- SAP Toledo, secc. 2.^a, 16 de noviembre de 2020.
- SAP Zamora, secc. 1.^a, 20 de noviembre de 2020.
- SAP Toledo, secc. 1.^a, 22 de enero de 2021.
- SAP Alicante, secc. 6.^a, 3 de abril de 2021.
- SAP Zaragoza, secc. 2.^a, 24 de septiembre de 2021.
- SAP Islas Baleares, secc. 4.^a, 1 de octubre de 2021.
- SAP Islas Baleares, secc. 4.^a, 22 de octubre de 2021.
- SAP Granada, secc. 5.^a, 16 de noviembre de 2021.
- SAP Barcelona, secc. 18.^a, 23 de diciembre de 2021.
- SAP Jaén, secc. 1.^a, 17 de febrero de 2022.
- SAP Cádiz, secc. 5.^a, 16 de marzo de 2022.
- SAP Jaén, secc. 1.^a, 20 de abril de 2022.
- SAP León, secc. 1.^a, 5 de mayo de 2022.
- SAP Álava, secc. 1.^a, 11 de mayo de 2022.
- SAP Vizcaya, secc. 4.^a, 17 de mayo de 2022.
- SAP Jaén, secc. 1.^a, 12 de julio de 2022.
- AAP La Rioja, 10 de octubre 2022.
- SAP Málaga, secc. 6.^a, 30 de noviembre de 2022.
- SAP A Coruña, secc. 6.^a, 1 de septiembre de 2022.
- SAP Cádiz, secc. 5.^a, 2 de marzo de 2023.
- SAP Córdoba, secc. 1.^a, 10 de marzo de 2023.
- SAP Huelva, secc. 2.^a, 23 de marzo de 2023.
- AAP Málaga, secc. 6.^a, 29 de marzo de 2023.
- SAP Asturias, secc. 1.^a, 11 de abril de 2023.
- SAP Badajoz, secc. 3.^a, 11 de mayo de 2023.
- SAP Castellón, 18 de abril de 2023.
- SAP Navarra, secc. 3.^a, 28 de julio de 2023.
- SAP Valencia, secc. 10.^a, 4 de octubre de 2023.
- SAP Valencia, secc. 10.^a, 13 de diciembre de 2023.
- SAP León, secc. 2.^a, 9 de enero de 2024.

NOTAS

¹ MAYOR DEL HOYO M.^a V., “Comentario al artículo 173 del Código Civil”, *Código Civil comentado*, vol. I, directores Ana Cañizares Laso, Pablo De Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno, Rosario Valpuesta Fernández, 2.^a ed., Civitas Thomson Reuters, Navarra (2016), pp. 889-890; de la misma autora, “El nuevo acogimiento: régimen jurídico tras la Ley 26/2015, de 28 de julio”, *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, directora M.^a Victoria Mayor del Hoyo, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra (2017), p. 220. Por su parte, ABAD ARENAS E., “El acogimiento familiar y residencial”, *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, coordinadores Vicente Cabedo Mallol e Isaac Ravellat Ballesté, Tirant lo Blanch, Valencia (2016), p. 280 define el acogimiento familiar como “una forma de protección del menor, inspirada su regulación en el principio superior del interés del menor; se prevé para aquellos supuestos en los que el menor se encuentra privado de un ambiente familiar idóneo, teniendo presente la temporalidad de éste hasta que se produzca la reinserción del menor en su familia biológica —cuando cesen las causas que originaron esta situación—, o se constituya su tutela o sea posible su adopción y destaca por tratarse de una medida de carácter temporal y revocable”. En esta línea, el artículo 68.1 de la Ley 3/2011, de 30 de junio de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia lo conceptúa como “el modo de ejercicio de la guarda como medida de protección consistente en la integración de la o el menor en una familia, en su modalidad familiar, o en su alojamiento y atención en un centro, en la modalidad residencial”. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 29 de abril de 2011 (JUR 2011/240182) lo define en su *Fundamento de Derecho segundo* como “aquella situación temporal y revocable, orientada a la protección de menores que se encuentran privados, aunque sea circunstancialmente de una adecuada atención familiar y consistente en confiar al menor al cuidado de personas que reúnan las condiciones morales y materiales necesarias para proporcionarles sustento, habitación, vestido y especialmente una vida familiar conforme a los usos sociales”.

² Para MAYOR DEL HOYO M.^a V., “El nuevo acogimiento: régimen jurídico tras la Ley 26/2015, de 28 de julio”, *op. cit.*, p. 222 se trata de una declaración de buenas intenciones porque la misma norma establece dos salvedades a la prohibición: “una, que la medida no convenga al interés del menor, hasta aquí ninguna objeción; la otra excepción es que resulte imposible porque el ingreso en el centro sea la única medida disponible, cosa que desgraciadamente sucederá con frecuencia”.

³ DIEZ GARCÍA, H. (2016). “Comentario al artículo 172 del Código Civil”. En: R. Bercovitx Rodríguez Cano (dir.), *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, Valencia: tirant lo Blanch, p. 575 dispone al respecto, que una interpretación conjunta de estas previsiones legislativas permite afirmar que, el acogimiento residencial ha de ser considerado, además de instrumento de protección subsidiario, como una medida temporal no permanente.

⁴ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.^a, de 11 de mayo de 2023 (JUR 2023,293358) acogimiento temporal de los abuelos.

Por su parte, el artículo 92 de la Ley 4/2023 de la Comunidad de Madrid señala que el acogimiento familiar “es una forma de ejercicio de la tutela o la guarda asumida por la Entidad pública de protección por la cual se produce la integración del niño en una familia que asume las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral, en un entorno afectivo, durante el tiempo que dure el acogimiento, de acuerdo con el artículo 173.1 del Código Civil”. Y para el fomento del acogimiento familiar la Comunidad de Madrid realizará actuaciones y campañas dirigidas a la sensibilización social,

información, captación y formación de familias que colaboren a través del acogimiento con los niños que se encuentren en el sistema de protección. Asimismo, facilitará los recursos necesarios para la puesta en marcha y el apoyo de estas actuaciones, que se realizarán en colaboración con entidades autorizadas, especialmente con las asociaciones de familias acogedoras (artículo 93).

⁵ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 4.^a, de 13 de enero de 2016 (JUR 2016/32506) acogimiento familiar a favor de los abuelos; de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1.^a, de 26 de enero de 2016 (AC 2016/576) acogimiento familiar a favor de una prima de la madre; y, de la Audiencia Provincial de Lleida, secc. 2.^a, de 15 de abril de 2016 (JUR 2016/134763) acogimiento a favor de los abuelos paternos de la niña. Por el contrario, en las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.^a de 9 de marzo de 2020 (JUR 2020,226626) no idoneidad de la abuela para asumir el acogimiento familiar; de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.^a, de 123 de abril de 2021 (JUR 2021,358559) no idoneidad de la familia biológica extensa para el cuidado y atención del menor; y, de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.^a, de 30 de noviembre de 2022 (JUR 2023,405047) no cabe acordar la guarda por parte de los abuelos maternos.

⁶ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de noviembre de 2022 (RJ 2022,5082) se desestima la oposición a la situación de desamparo. Así la asunción de la guarda provisional fue ejercida por la Entidad pública, tal y como permite el Código civil, mediante un acogimiento familiar urgente, formalizado después como acogimiento familiar temporal, en los plazos y de conformidad con la regulación vigente.

La medida de protección transitoria en que consiste la guarda provisional por la Entidad pública es compatible con el establecimiento y la adopción de todas las medidas de intervención que, en el caso, sin riesgo para la niña, y en consideración a la voluntad manifestada por la madre y a algún avance puntual en su situación, hizo pensar que sería posible que, a corto plazo, pudiera hacerse cargo de la crianza de su hija.

En atención a estas circunstancias puede considerarse razonablemente cumplida la exigencia del artículo 172.4.I i.f. del CC que todas las diligencias dirigidas a constatar la situación de desamparo de realicen “en el plazo más breve posible”. Tal exigencia temporal se dirige a garantizar la debida celeridad en la adopción de las medidas que afecten al menor sobre el que la Administración ha asumido la guarda, evitando la incertidumbre que respecto de su situación pueda derivar de la inactividad de la Administración.

En el caso no ha habido inactividad de la Entidad pública. La gravedad de la negligencia de la madre hacia las necesidades psíquicas de la niña, la ausencia de figuras alternativas en el entorno familiar que cubran las carencias de la madre y compensen su déficit, el fracaso de los planes de intervención familiar en su vertiente intensiva, la incapacidad de la madre para la crianza de su tercera hija y la ausencia de garantía de un normal funcionamiento y organización familiar ni a corto ni a medio plazo, determinantes de la declaración de desamparo, fueron constatadas durante todas las intervenciones que se llevaron a cabo durante la guarda provisional que la Entidad pública asumió sobre la niña.

Junto a ello, hay que dejar constancia de que, pudiendo hacerlo, la madre no impugnó ninguna de las resoluciones administrativas dictadas desde que se produjo la apertura del expediente (guarda provisional, acogimiento familiar urgente, acogimiento familiar temporal, modificación de estancias y visitas) hasta que, finalmente, se dictó la declaración de desamparo que sí ha impugnado.

En consecuencia, debemos concluir que la actuación de la Entidad pública ha sido respetuosa con los principios que rigen el sistema vigente de protección de menores y ha cumplido

las garantías exigibles para separar a la niña de su familia de origen. De hecho, fue precisamente la intervención intensiva con la madre, tratando de evitar y prevenir la situación de desamparo, la razón por la que no se declaró inmediatamente el desamparo de la niña.

Asimismo, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.^a, de 10 de diciembre de 2020 (JUR 2021,97459); y, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2.^a, de 19 de julio de 2023 (JUR 2023,410881).

⁷ MAYOR DEL HOYO, M.^a,V. (2016). “El nuevo acogimiento: régimen jurídico tras la Ley 26/2015, de 28 de julio”, *op. cit.*, p. 239.

⁸ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Ávila, secc. 1.^a, de 28 de octubre de 2020 (JUR 2020,129436); y, de la Audiencia Provincial de Castellón, de 4 de marzo de 2022 (JUR 2023,25900) acogimiento temporal en familia educadora especializada.

⁹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 18 de mayo de 2020 (JUR 2020,193489).

¹⁰ Para MAYOR DEL HOYO M.^a V. (2016). “Comentario al artículo 173 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 892 la posibilidad de recurrir directamente a este acogimiento en los casos de guarda administrativa es inexistente porque resulta contraria a la propia esencia de esa institución. Si bien, añade que “cuando se busca una medida estable, se recurrirá a esta medida cuando, o no resulte aconsejable, o no se pudiera constituir la adopción”. Por todo ello concluye que “puede decirse que este acogimiento permanente cumple una importante función de reintegración familiar estable de menores que por su situación tienen más difícil el acceso a la misma”; de la misma autora, “El nuevo acogimiento: régimen jurídico tras la Ley 26/2015, de 28 de julio”, *op. cit.*, p. 245. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.^a, de 25 de mayo de 2016 (JUR 2016/211606) acogimiento permanente en familia educadora; de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.^a, de 16 de marzo de 2020 (JUR 2020,253024) acogimiento familiar de la menor a favor de la abuela paterna; de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.^a, de 22 de junio de 2021 (JUR 2021,334600) acogimiento por los abuelos paternos; de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.^a, de 19 de julio de 2021 (JUR 2021,388353) acogimiento por el tío materno; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 24 de septiembre de 2021 (JUR 2021,365570) acogimiento por abuela paterna; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 20 de junio de 2022 (JUR 2022,303425); y, de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.^a, de 8 de febrero de 2023 (JUR 2023,404859) acogimiento permanente a favor de los abuelos.

¹¹ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de junio de 2024 (JUR 2024,190592); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3.^a, de 10 de noviembre de 2020 (JUR 2021,134707) suspensión de la patria potestad y acogimiento permanente de los abuelos; y, de la Audiencia Provincial de León, secc. 1.^a, de 31 de julio de 2023 (JUR 2023,372600).

Por otra parte, en función de la vinculación de los niños con la familia acogedora y, de conformidad con el artículo 173 bis 1 del Código Civil y con el artículo 20.1 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero el artículo 94 de la Ley 4/2023 de la Comunidad de Madrid es posible distinguir entre: a) Acogimiento en familia extensa: cuando el niño tiene un vínculo de parentesco con la familia acogedora. b) Acogimiento en familia ajena: cuando el niño no tiene ningún vínculo de parentesco con la familia acogedora. Este acogimiento podrá ser especializado, entendiéndose por tal el que se desarrolla en una familia en la que alguno de sus miembros dispone de cualificación, experiencia o formación específica para desempeñar esta función respecto de niños con necesidades o circunstancias especiales, pudiendo percibir por ello una compensación económica. Y, a su vez, este acogimiento especializado podrá ser de dedicación exclusiva,

cuando así se determine por la entidad pública de protección de la Comunidad de Madrid, por razón de las necesidades y circunstancias especiales del menor en situación de ser acogido, percibiendo en tal caso la persona o personas designadas como acogedoras una compensación en atención a dicha dedicación.

En todo caso, se desarrollarán reglamentariamente los criterios de valoración para las familias acogedoras en ambas modalidades. No obstante, en atención a su duración y objetivos, el acogimiento familiar podrá adoptar las modalidades de acogimiento de urgencia, acogimiento temporal o acogimiento permanente, tal y como aparecen recogidas en el artículo 173 bis del Código Civil.

¹² Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 22 de junio de 2016 (JUR 2016/215319).

¹³ MIRALLES GONZÁLEZ, I. (2018). “Comentario al artículo 19 de la Ley 26/2015”. En: directores Fco. Lledó Yagüe; M.ª P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Llena, M.ª J. Achón Bruñén (dirs.), O. Monje Balmesada (coord.), *Estudios sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia.*, Madrid: Dykinson, p. 313 precisa que aunque la ley no lo mencione “parece evidente que para que pueda constituirse, será necesario que, existan familiares que, deseen acoger al menor sin oposición del resto de los miembros de la familiar y que dichos familiares estén en condiciones de cuidar, amparar y educar al menor”. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.ª, de 31 de julio de 2020 (JUR 2020,301369) familia extensa abuelos de la menor, de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, de 30 de octubre de 2020 (JUR 2021,95838) familia extensa tío de la menor; de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.ª, de 22 de diciembre de 2020 (JUR 2023,60499) acogimiento familiar con su nieta; y, de la Audiencia provincial de Navarra, 3.ª, de 28 de julio de 2023 (JUR 2023,398384) acogimiento por la abuela del menor y su marido.

¹⁴ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.ª, de 29 de julio de 2022 (JUR 2022,328681).

¹⁵ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Zamora, secc. 1.ª, de 20 de noviembre de 2020 (JUR 2021,44376) no procede el retorno de los menores al domicilio de la abuela materna, ya que, no tiene ésta la capacidad para el cuidado de sus nietos; de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, de 12 de julio de 2022 (JUR 2023,109) regreso de los menores a su entorno familiar como mejor respeto a su superior interés; y, de la Audiencia Provincial de Teruel, secc. 1.ª, de 9 de marzo de 2023 (JUR 2023,407897) no procede el reintegro del menor con su familia biológica. Evidencia una severa incompetencia parental que situaría al menor en un riesgo grave para su desarrollo integral.

¹⁶ RJ 2009,4581. En efecto esta sentencia, ya había dicho que: “El principio de reinserción en la propia familia que, junto con el interés del menor, aparece recogido en el artículo 172.4 del CC como uno de los principios que rigen en materia de protección de menores desamparados, está proclamado en la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1986 y en el artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990, y ha sido reconocido, en relación con los derechos de los padres biológicos, por el Tribunal Constitucional a partir de la sentencia 298/1993, de 18 de octubre (RTC 1993,298). Estos principios, considerados en abstracto, constituyen principios de fin o directrices, en cuanto no establecen mandatos genéricos por razón del objeto, sino por razón del fin. En consecuencia, ninguno de ellos impone soluciones determinadas, sino que deben aplicarse mediante una técnica de adecuación a los fines impuestos, que debe aplicarse con criterios de protección

o exploración de las posibilidades futuras de conseguirlos. En suma, su cumplimiento exige atender a la consecución del interés del menor, mediante la adopción de las soluciones que, por una parte, le sean más beneficiosas y, por otra, que permitan la reinserción en la propia familia. En consecuencia, esta Sala sienta la doctrina de que es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración interpuesta al amparo del artículo 172.6 del CC, contemple el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad. Debe concluirse que el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. La adecuación al interés del menor es, así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural; pero este retorno no será aceptable cuando no resulte compatible con las medidas más favorables al interés del menor”.

¹⁷ RJ 2016,1132.

¹⁸ Vid., el auto de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 18 de noviembre de 2020 (JUR 2021, 375954); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, de 9 de octubre de 2020 (JUR 2021,95512) no ampliación del derecho de visitas; de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, de 26 de junio de 2020 (AC 2021,99); de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.ª, de 13 de noviembre de 2020 (JUR 2021,82105); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, de 17 de mayo de 2022 (JUR 2022,311743) cesación de la guarda por la entidad pública por alcanzar la mayoría de edad el menor acogido; y, de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, de 24 de abril de 2023 (JUR 2023,27728).

¹⁹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3.ª, de 20 de mayo de 2016 (AC 2016/1793).

²⁰ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1.ª, de 20 de julio de 2023 (JUR 2023,354456) ampliación del régimen de visitas de la madre con sus hijos de 11 y 13 años. Deseo de los niños de pasar más tiempo con su madre.

²¹ También se refiere al acogimiento residencial, el artículo 103 de la Ley 4/2023 de la Comunidad de Madrid: “1. El acogimiento residencial es el modo de ejercicio de una medida de protección en el que la guarda se ejerce por la dirección del centro de protección en el que el niño se encuentra acogido. 2. De acuerdo con lo previsto en el artículo 21.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, no se acordará el acogimiento residencial para menores de tres años salvo en supuestos de imposibilidad, debidamente acreditada, de adoptar en ese momento la medida de acogimiento familiar o cuando esta medida no convenga al interés superior del niño. Esta limitación para acordar el acogimiento residencial se aplicará también a los menores de seis años en el plazo más breve posible. En todo caso, y con carácter general, el acogimiento residencial de estos menores no tendrá una duración superior a tres meses. 3. La guarda en acogimiento residencial se ejercerá por la persona a quien corresponda la dirección del centro de acogimiento residencial en el que se lleve a cabo, bajo la supervisión de la Comisión de Protección a la Infancia y la Adolescencia, y la superior vigilancia del Ministerio Fiscal. 4. A fin de garantizar que los centros de acogimiento residencial son entornos protectores y su funcionamiento promueve el pleno disfrute de los derechos de los niños protegidos, serán supervisados permanentemente, sin perjuicio de la superior vigilancia del Ministerio Fiscal.

Asimismo, deberán cumplir con las medidas de control de calidad recogidas en la normativa vigente en materia de calidad y evaluación, entre ellas los estándares de calidad que se prevean. 5. El acogimiento residencial deberá responder a las necesidades de los niños, atendidos. A tal efecto, la entidad pública competente en materia de infancia y adolescencia definirá los distintos tipos de programas de acogimiento residencial que permitan cubrir adecuada y eficazmente la diversidad de las necesidades detectadas”.

En cuanto al régimen de funcionamiento de los centros de acogimiento residencial señalar que “1. Todos los centros ubicados en la Comunidad de Madrid que lleven a cabo acogimientos residenciales tendrán que estar habilitados específicamente para desempeñar esta función por la entidad pública competente en materia de protección a la infancia y adolescencia; deberán estar inscritos en el registro de centros de servicios sociales, de acuerdo con la legislación vigente, sin perjuicio de otras autorizaciones que también puedan ser exigidas. Deberán disponer, asimismo, de un proyecto de centro, que recoja el proyecto educativo y las normas de funcionamiento y convivencia. Además, deberán elaborar un plan anual y una memoria de evaluación al inicio y al final de cada año natural, respectivamente. 2. El contenido y estructura del proyecto de centro, así como el régimen de funcionamiento de los centros de acogimiento residencial se determinarán reglamentariamente. En particular, se establecerán la protección y el ejercicio de los derechos y deberes por los niños acogidos y su participación en el funcionamiento interno del centro; las condiciones de seguridad, sanidad, accesibilidad y las necesarias para la inclusión social de los niños; y demás condiciones que contribuyan a asegurar el ejercicio de sus derechos.

Respecto a la tipología de los centros de acogimiento residencial el artículo 106 dispone que: 1. Los centros de protección podrán tener diferentes tipologías que se establecerán y regularán reglamentariamente. En todo caso, deberán disponer del número adecuado de plazas para favorecer que la atención que se presta a los niños y el ambiente en el que viven sean similares a los de un núcleo familiar. 2. A los efectos de la presente Ley, los centros de acogimiento residencial se clasificarán en virtud de sus características funcionales, pudiendo ser centros de primera acogida y centros de acogida general. 3. Los centros de primera acogida responden a la necesidad de disponer de un recurso residencial para la atención continuada e ininterrumpida de las situaciones de urgencia, prestando atención inmediata y temporal en el marco de la guarda provisional prevista en el artículo 172.4 del Código Civil y en el artículo 81 de esta ley. 4. La permanencia en un centro de primera acogida no podrá sobrepasar los tres meses, dadas las funciones que se le atribuyen y su carácter transitorio. 5. Los centros de primera acogida podrán ser, sin perjuicio de los establecido en el apartado 1 de este artículo, en función de la forma que adopten, residencias de primera infancia, residencias infantiles hogares, unidades de convivencia para adolescentes, centros específicos y residencias para menores con discapacidad: a) Las residencias de primera infancia son centros especializados en la atención de menores de seis años que por sus circunstancias, enfermedad grave o necesidad de valoración no pueden incorporarse a una familia, siendo su objetivo la incorporación de los niños a una familia en el menor tiempo posible. b) Las residencias infantiles, destinadas al acogimiento de niños de cero a dieciocho años, que estructurarán su funcionamiento en pequeñas unidades de convivencia en función de las edades de los niños o de los vínculos previos que pudieran existir entre ellos. c) Los hogares son centros de pequeño tamaño situados en pisos o viviendas, semejantes por su estructura a la vida familiar, en los que residirán niños de distintas edades. d) Las unidades de convivencia para adolescentes son hogares dirigidos a adolescentes de doce a dieciocho años que cuentan con un grado de madurez que les permite involucrarse en su proyecto de vida, con el fin de lograr la autonomía e independencia adecuadas en su prepa-

ración para la vida adulta. e) Los centros específicos están destinados a atender a niños cuyas particulares necesidades exigen una atención profesional especializada de carácter terapéutico, que requieren un proceso de tratamiento, por presentar problemas de conducta. Requieren autorización judicial para su ingreso de conformidad con la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia. f) Las residencias para menores con discapacidad, destinadas a niños y adolescentes de cero a dieciocho años acogen a niños con discapacidad física, intelectual, sensorial que por necesitar una atención muy individualizada y especializada requieren de un marco de atención profesional muy específico. 6. De acuerdo con las necesidades de los niños sobre los que se adopten medidas de protección, la entidad pública de protección competente podrá crear o concertar en cada momento los centros que considere adecuados para atender a las necesidades de los mismos. 7. Se tendrá especialmente en cuenta el criterio de no separar a los hermanos o a niños que pudieran tener un vínculo socioafectivo previo y significativo, siempre que esto resulte adecuado a su interés superior.

²² RJ 2009,4581. En este sentido, señala el Alto Tribunal que “Debe concluirse que el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. La adecuación al interés del menor es, así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural; pero este retorno no será aceptable cuando no resulte compatible con las medidas más favorables al interés del menor”.

²³ RJ 206,1132. En los mismos términos se manifiesta esta sentencia, cuando razona: “[...] el derecho de los padres biológicos no es reconocido ni por las normas legales propias ni por las internacionales como un principio incondicional cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor contemplando el posible retorno a la familia natural siempre que sea compatible con las medidas más favorables al interés del menor.

²⁴ RJ 2023,1717. Tras citar la sentencia 720/2022 (RJ 2022,5082) en la que se precisa que no “bastan las simples conjeturas para alterar la situación de estabilidad alcanzada por los menores sobre la base de la simple posibilidad de que la medida va a funcionar y de que ello no implica la separación de los niños de su familia de origen, dado el carácter definitivo y no meramente simple y temporal de la medida”; en el caso presente, resulta que se ha constatado la falta de habilidades de los padres para asumir el cuidado físico y emocional de su hijo. La falta de estabilidad en las relaciones personales de los progenitores del menor, en clara crisis de pareja, con relaciones conflictivas, no ajenas a episodios violentos, fruto principalmente del nuevo embarazo de la madre de otra persona distinta al padre de Cosme. Inmadurez de Serafina, incapaz de planificar su vida en un factible proyecto vital, a lo que, desde luego, no ayudan tampoco sus negativas experiencias de infancia. Pasividad y falta de implicación de Baldomero en la asunción de la crianza de un menor. Los múltiples informes técnicos contrarios al reintegro de Cosme con sus padres.

Todo ello, unido a la situación actual del niño en su familia de acogida, con la que convive poco después de su nacimiento, en un entorno sumamente favorable para el libre desarrollo de

su personalidad, bajo pautas acreditadas de cuidado personal diligente, atención y afecto, que determinarían que el retorno de Cosme con sus progenitores, en el cuadro contextual antes descrito, le produciría un negativo impacto emocional, y el sometimiento a una situación de riesgo real y efectivo, contraria a su prevalente interés superior.

Siendo este último, “la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos” (SSTC 64/2019, de 9 de mayo (RTC 2019,64), FJ 4; 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3; 81/2021, de 19 de abril (RTC 2021,81), FJ 2; y, 113/2021, de 31 de mayo (RTC 2021,113), FJ 2).

²⁵ RJ 2023,5630. Aunque existe el deseo que la agrupación familiar pueda funcionar a pesar de no existir informe alguno que la aconseje y existiendo en cambio informes que acreditan la justificación de la declaración de desamparo del niño; lo cierto es que, la reinserción en la propia familia por el momento no se ajusta al interés de dicho menor. De ahí que, se confirme la declaración administrativa de desamparo y acogimiento residencial por ajustadas a las circunstancias concurrentes en aplicación de criterios normativos y jurisprudenciales de esta Sala. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3.ª, de 14 de abril de 2023 (JUR 2023,298420) no procede el retorno del menor desamparado con su madre; aunque esta puede intentar mejorar en el ejercicio de su responsabilidad marital; sin embargo, su situación personal no ha mejorado.

²⁶ RJ 2021,5501.

²⁷ RJ 2023,395946.

²⁸ MARTÍN AZCANO, E.M.º (2017). “Centros de protección específicos: la respuesta de la Ley Orgánica 8/2015 a la problemática de los menores con trastorno de conducta”. En: A. I. Berrocal Lanzarot y C. Callejo Rodríguez (coords.), *La protección jurídica de la infancia y la adolescencia tras la Ley Orgánica 7/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio*, Madrid: La Ley, p. 4. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.ª, de 10 de junio de 2020 (JUR 2020,220431).

²⁹ La recomendación Rec (2005)5 del Comités de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros *sobre los derechos de los menores internos en centros residenciales* de 16 de marzo de 2005 establece, al respecto que: 1. Que el internamiento del menor debe constituir una excepción y tener como objetivo primordial su mejor interés y la integración o reintegración social tan pronto como sea posible; 2. Que el internamiento debe respetar los derechos fundamentales del menor y realizarse en instituciones que cumplan una serie de estándares en cuanto a medios humanos y materiales; 3. Que el internamiento no debe durar más allá de lo necesario y debe estar sujeto a revisión periódica; y, 4. Que debe existir un sistema eficaz de control de las instituciones residenciales.

³⁰ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1.ª, de 11 de marzo de 2020 (JUR 2020,157292).

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de febrero de 2002 ha subrayado la importancia de la vida privada y familiar recogido en el artículo 8 del Convenio. En el caso *Kutner contra Alemania* ha destacado la importancia del derecho a la ayuda privada y familiar recogido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humano. Asimismo, el Tribunal expresa que la medida a tomar a cargo del menor debe ser inicialmente temporal y que todo acto de ejecución debe estar destinado a “unir de nuevo a la familia de sangre y al menor. Asimismo, manifiesta que conforme señala el artículo 2 la injerencia tiene que cumplir con los requisitos de previsión legal, motivo legítimo y necesidad. Para apreciar ésta, los Estados Partes cuentan con cierta discrecionalidad en función de las circunstancias.

En fin, procede indicar que, en los primeras conclusiones recogidas en el informe publicado por el centro de Salud Mental del Reino Unido (*Centre for Mental Health*) junto con el Colegio Universitario de Londres (*University College of London*) de 2018 donde se analizan el comportamiento de los niños y los problemas de conducta infanto-juveniles destacan como datos que 1 de cada 12 niños entre 3 y 14 años, presenta un alto riesgo de desarrollar problemas graves de conducta. Muchos de estos niños experimentan también otros problemas de salud mental concurrentes, como hiperactividad, ansiedad o depresión. Asimismo, los niños como problemas graves de conducta están expuestos a múltiples riesgos desde el nacimiento: riesgos socioeconómicos, riesgos relacionados con la familia/padres y riesgos relacionados con los niños (por ejemplo, retraso en el desarrollo, temperamento difícil).

³¹ El Capítulo IX bajo la rúbrica “Niños protegidos con problemas de conducta” de la Ley 4/2023 de la Comunidad de Madrid en su artículo 124 se refiere a los principios de actuación de los centros de protección específico de menores con problemas de conducta; de forma que, en la prevención e intervención con niños con problemas de conducta, la Comunidad de Madrid seguirá los siguientes principios: a) Atención prioritaria en el propio entorno, a través de la utilización de los recursos comunitarios, de medidas de apoyo familiar y de aquellas otras de atención especializada para este tipo de conductas en los sistemas públicos de educación, sanidad y servicios sociales. b) Políticas de intervención de carácter educativo, con el fin de que los niños comprendan las consecuencias de sus actos y asuman sus responsabilidades. Para ello se fomentará la participación en programas de educación cívica, tolerancia, empatía y solidaridad; de prevención del consumo de tabaco, alcohol y sustancias estupefacientes, y otras conductas adictivas, especialmente las relacionadas con el mal uso de las nuevas tecnologías y la participación en apuestas y juegos de azar. c) Intervención familiar, haciendo participe a la familia en la solución de las controversias, la asunción de sus responsabilidades de educación y cuidado, y favoreciendo la capacitación parental, en particular el manejo conductual y de estrategias de prevención de futuros comportamientos antisociales. d) Favorecimiento de los procesos de inclusión social, en particular, mediante una oferta de programas de ocio educativo y tiempo libre saludable. 2. Asimismo, con el fin de prevenir los problemas de conducta en la población infantil y juvenil la Comunidad de Madrid promoverá las siguientes actuaciones: a) Actuación preventiva sobre los factores, tanto de protección como de riesgo, relacionados con la conducta disruptiva o disocial, mediante acciones dirigidas a la población en general. b) Intervención y educación social en barrios y en municipios, creando modelos de referencia positivos que promuevan la desvinculación de conductas adictivas y violentas tanto desde la perspectiva individual como grupal.

Por su parte, el artículo 125 de la citada norma hace referencia al acogimiento residencial específico para niños con problemas de conducta disponiendo a tal fin que: 1. El acogimiento residencial de niños con problemas de conducta, de conformidad con lo previsto en el capítulo IV del título II de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, comprenderá tanto la atención residencial como la intervención terapéutica y socioeducativa dirigida a la reeducación del comportamiento, que se concretará a través de un plan de intervención con objetivos revisables periódicamente. Esta medida de protección se adoptará tras una valoración psicológica y social emitida por el equipo multidisciplinar especializado en protección de menores. 2. Los procedimientos de ingreso, actuaciones e intervenciones en centros de protección específicos de menores con problemas de trastornos de conducta, se regirán por lo dispuesto en el Capítulo IV del Título II de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, y en el artículo 778 bis de la Ley 1/2000 de 7 de enero. 3. La Comunidad de Madrid podrá desarrollar protocolos específicos que

aseguren el cumplimiento de las garantías legales y el pleno respeto a los derechos de los niños en relación con su ingreso y permanencia en este tipo de centros.

³² En esta línea, dispone el artículo 37 de la Ley 4/2023 de la Comunidad de Madrid relativa a medidas específicas en el ámbito de sistema de protección de menores dispone que “1. Los centros de protección de menores han de ser entornos seguros y están obligados a aplicar los protocolos que establezca la entidad pública de protección, y que contendrán las actuaciones que deben seguirse para la prevención, detección precoz e intervención frente a las posibles situaciones de violencia comprendidas en el ámbito de aplicación de esta Ley. Entre otros aspectos, los protocolos incluirán actuaciones específicas de prevención, detección precoz e intervención ante posibles casos de violencia que tengan como víctimas a niños sujetos a medida protectora y que residan en centros residenciales bajo su responsabilidad. 2. Lo previsto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo señalado en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, y en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con respecto a centros específicos de protección de menores con problemas de conducta”.

³³ Respecto de este acogimiento, el artículo 120 de la Ley 4/2023, de la Comunidad de Madrid, se refiere a la recepción y tramitación de ofrecimientos de adopción internacional destacando que: “1. Los ofrecimientos de adopción dirigidos a niños residentes en países extranjeros se tramitarán conforme a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, y el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección al Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional. 2. En su condición de autoridad central competente en los términos de dicho convenio, la entidad pública de protección ejercerá las funciones que este le encomienda y cooperará con las autoridades homólogas de los países extranjeros. 3. Las personas o parejas residentes en la Comunidad de Madrid que deseen ofrecerse para una adopción internacional en un país del extranjero deberán presentar su ofrecimiento ante la entidad pública de protección para la formación, valoración psicosocial, declaración de idoneidad, tramitación del expediente y, en su caso, seguimiento post adoptivo. 4. No se aceptarán ofrecimientos que resulten incompatibles con la legislación o directrices técnicas del país de origen. 5. El ofrecimiento de adopción se dirigirá a un solo país extranjero, siendo necesario haber finalizado o cancelado dicho procedimiento para iniciar una nueva tramitación en el mismo u otro país. 6. No obstante lo anterior, cuando en un país se paralice la tramitación de todos los expedientes de adopción internacional ya iniciados, sin que pueda preverse una reanudación de estos en plazo próximo, la Comisión de Protección a la Infancia y de la Adolescencia podrá autorizar la tramitación de un segundo expediente en un país distinto. En caso de producirse una reanudación de los expedientes paralizados, los interesados deberán optar por uno de los dos abiertos y desistir del otro. 7. En función de los requisitos y condiciones del país de origen, un expediente de adopción internacional podrá tramitarse mediante protocolo público o mediante un organismo acreditado. La entidad pública de protección facilitará la necesaria información y apoyo a los adoptantes en los casos de protocolo público, y supervisará la actividad de los organismos acreditados en los términos previstos por la legislación. 8. La tramitación podrá suspenderse en cualquiera de sus fases, de oficio o a solicitud de los interesados, mediante resolución motivada, durante el tiempo y con las condiciones que se determinen, cuando una circunstancia transitoria y relevante impida valorar la idoneidad o considerar una posible asignación. 9. En materia de acreditación, control, inspección y directrices de actuación de los organismos acreditados para realizar funciones de mediación en adopción internacional, se procurará colaborar y consensuar criterios con las restantes entidades públicas de protección de otras comunidades autónomas y la Administración General del Estado. 10. La entidad pública de protección asegurará el cumplimiento de los seguimientos post adoptivos en los plazos y términos establecidos por el país de origen

de los menores adoptados, sea a través del organismo acreditado que haya mediado en la tramitación, o a través de sus propios medios en los casos tramitados mediante el protocolo público”.

³⁴ El artículo 103 referido a la información que debe comunicarse a la Comisión dispone al respecto, que: “1. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión los siguientes datos: a) cualquier autoridad a que se hace referencia en el artículo 2, apartado 2, punto 2, letra b), y punto 3, y en el artículo 74, apartado 2; b) los órganos jurisdiccionales y las autoridades competentes para expedir los certificados a que se refieren el artículo 36, apartado 1, y el artículo 66, y los órganos jurisdiccionales competentes para rectificar los certificados a que se hace referencia en el artículo 37, apartado 1, el artículo 48, apartado 1, el artículo 49, y el artículo 66, apartado 3, en relación con el artículo 37, apartado 1; c) los órganos jurisdiccionales mencionados en el artículo 30, apartado 3, el artículo 52, el artículo 40, apartado 1, el artículo 58, apartado 1, y el artículo 62, así como las autoridades y órganos jurisdiccionales mencionados en el artículo 61, apartado 2; d) las autoridades competentes para la ejecución a que se refiere el artículo 52; e) las vías de recurso a que se hace referencia en los artículos 61 y 62; f) los nombres, direcciones y medios de comunicación de las autoridades centrales designadas de conformidad con el artículo 76; g) las categorías de parientes cercanos a que se hace referencia en el artículo 82, apartado 2, cuando proceda; h) las lenguas aceptadas en las comunicaciones dirigidas a las autoridades centrales de conformidad con el artículo 91, apartado 3; i) las lenguas aceptadas para las traducciones de conformidad con el artículo 80, apartado 3, el artículo 81, apartado 2, el artículo 82, apartado 4, y el artículo 91, apartado 2; 2. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión la información a que se refiere el apartado 1 a más tardar el 23 de abril de 2021.3. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión cualquier modificación de la información a que se refiere el apartado 1. 4. La Comisión hará pública la información a que se refiere el apartado 1 por los medios adecuados, en particular a través del Portal Europeo de e-Justicia”.

³⁵ FERNÁNDEZ MASÍA, E. (2024). “El acogimiento transfronterizo como medida de protección del menor en la Unión Europea”, *Revista Internacional de Derecho Privado*, p. 12 precisa que “es posible, si así lo decide un estado miembro, en concreto ampliar la opción de acoger a un menor, sin la necesaria previa aprobación de sus autoridades, a determinar categorías de parientes cercanos distintos de los progenitores, como puede ser lo tíos o los abuelos”. Y añade que “la idea que fundamenta esta excepción que, plasma la búsqueda en todo momento de interés superior del menor, es que no sólo los progenitores, sino también otros familiares o parientes muy cercanos al menor pueden considerarse idóneos para proceder a un acogimiento transfronterizo en el Estado miembro donde estos últimos residen”.

³⁶ CARDONA GUASCH O. (2018). “Comentario artículo 18 de la Ley 26/2015”. En: Fco. Lledó Yagüe; M.ª P. Ferrer Vanrell, J. A. Torres Llena, M.ª J. Achón Bruñén (dirs.), O. Monje Balmesada (coord.), *Estudios sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Madrid: Dykinson, p. 295.

³⁷ CARDONA GUASCH O. (2018). “Comentario artículo 18 de la Ley 26/2015”, *op. cit.*, p. 296.

³⁸ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 18 de abril de 2023 (JUR 2023,299340) la guarda voluntaria del menor estaba justificada por la existencia de circunstancias graves que impedían que los progenitores pudieran cuidar adecuadamente de su hija.

³⁹ El artículo 81 de la ley 4/2023 de la Comunidad de Madrid en relación con la Guarda provisional. “1. La entidad pública de protección asumirá la guarda provisional prevista en el artículo 172.4 del Código Civil, en cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata en los casos urgentes en que resulte necesario para preservar la vida, la integridad física, psicológica o la salud de un niño. Esta guarda será comunicada al Ministerio Fiscal,

procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al niño, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo. Será registrada en el Registro de Medidas de Protección e incluida en el Sistema Unificado de Información. La guarda provisional se realizará de forma preferente a través del acogimiento familiar de urgencia. Solo en los casos en los que no sea posible el acogimiento familiar, y así quede suficientemente justificado, se asumirá la guarda a través del acogimiento residencial, de acuerdo con lo establecido en esta Ley. 2. La Comisión de Protección a la Infancia y a la Adolescencia asumirá guarda provisional en una resolución administrativa, que será comunicada y explicada al niño de forma clara y comprensible de acuerdo con su madurez, al Ministerio Fiscal, a los padres, tutores o guardadores y, en su caso, a los acogedores de urgencia. 3. Asumida la guarda provisional, la entidad pública practicará las diligencias precisas que permitan, en su caso, la identificación del niño y la determinación de las circunstancias que confirmen o no la posible situación de desprotección adoptando la medida de protección más adecuada al caso; 4. En el plazo más breve posible y, en todo caso, inferior a tres meses, si no se hubiera podido clarificar la situación, o no procediera la reunificación familiar, la entidad pública de protección iniciará el procedimiento de asunción de medida de protección, y proporcionará al niño una medida de protección acorde con sus circunstancias”. Respecto de la guarda voluntaria el artículo 82: “1. La Comisión de Protección a la Infancia y a la Adolescencia podrá asumir temporalmente la guarda de los menores a petición de sus padres o tutores en los términos previstos en el artículo 172 bis del Código Civil. Para que la solicitud de guarda sea estimada se debe acreditar la existencia de circunstancias graves y transitorias que impiden la adecuada atención del niño. 2. La guarda tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del niño aconseje, excepcionalmente, la prórroga de la medida por razones que se deberán hacer constar expresamente. Transcurrido el plazo o la prórroga, en su caso, el menor deberá regresar con sus padres o tutores o, si no se dan las circunstancias adecuadas para ello, será declarado en situación legal de desamparo y se le proporcionará una medida estable de protección. 3. En los supuestos de guarda será necesario el compromiso explícito de la familia de aceptar la intervención profesional para revertir las causas que la motivaron, para lo cual se elaborará un plan individual de protección de acuerdo con lo previsto en el artículo 88. Asimismo, la administración de la Comunidad de Madrid garantizará que dicho plan cuente con medios adecuados y suficientes para su realización. En caso de prorrogarse la medida deberá actualizarse convenientemente el plan individual de protección”.

⁴⁰ LÓPEZ MAZA S. (2016). “Comentario al artículo 175 del Código Civil”. En: R. Bercovitz Rodríguez Cano (dir.), *Las modificaciones del Código Civil del año 2015* Valencia: tirant lo Blanch, p. 648.

⁴¹ LÓPEZ MAZA S. (2016). “Comentario al artículo 175 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 648.

⁴² PÉREZ ÁLVAREZ M.Á (2016), “Comentario al artículo 175 del Código Civil”. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado, vol. I*, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, p. 916.

⁴³ BARBER CÁRCAMO R. (2017). “La filiación adoptiva”. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia, vol. V*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 621. Por su parte, LIÉBANA ORTIZ J.R. (2015). “De la adopción”, *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Voluntaria*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 248 señala que, la adopción puede definirse como “el acto de autoridad por el que se constituye la relación de filiación adoptiva entre el adoptante y adoptado. De esta forma, se constituye un instrumento de integración familiar, de carácter permanente e irrevocable (artí-

culo 180.1 del Código Civil), en el que el beneficio del adoptado en principio se sobrepone a cualquier otro interés legítimo subyacente en el procedimiento de constitución de la adopción”.

⁴⁴ Procurar el retorno del menor a la familiar de origen es un principio de actuación de los poderes públicos (artículo 11.2 b)); como parte del plan individualizado de protección del menor (artículo 19 bis); y como criterio rector del acogimiento familiar (artículo 20) y residencial (artículo 21.1 e)).

⁴⁵ Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Jaén, sec. 1.ª, de 23 de diciembre de 2022 (JUR 2023,258973); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2.ª, de 26 de abril de 2023 (JUR 2023,287606).

⁴⁶ Vid., el auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, de 22 de marzo de 2019 (JUR 2019,170215) adopción por la segunda esposa del padre.

⁴⁷ LÓPEZ MAZA S. (2016). “Comentario al artículo 175 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 648.

⁴⁸ CALLEJO RODRÍGUEZ C. (2017). “Análisis de la reforma de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”. En: A. I. Berrocal Lanzarot y C. Callejo Rodríguez (coords.), *La protección jurídica de la infancia y la adolescencia tras la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio*, Madrid: La Ley, p. 331 señala al respecto que “se busca una madurez que permita al adoptante asumir la responsabilidad que supone la adopción. Madurez que no se adquiere con la mayoría de edad”. Asimismo, LÓPEZ MAZA S., “Comentario al artículo 175 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 649 indica que “el legislador parece entender que, hasta que no se alcanzan los veinticinco años, no se tendrá la madurez y la aptitud para desarrollar y ejercer la función parental”.

⁴⁹ LÓPEZ AZCONA, A. (2016). “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores...”, *op. cit.*, p. 57; LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 175 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 649; PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). “La adopción”. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil, vol. IV Derecho de Familia*, 5.ª ed., Madrid: Edisofer, p. 459.

⁵⁰ LIÉBANA ORTIZ, J.R. (2015). “De la adopción”, *op. cit.*, p. 255.

⁵¹ BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 670; CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2017). “Análisis de la reforma de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *op. cit.*, p. 331.

⁵² LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 175 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 649; LIÉBANA ORTIZ, J.R. (2015). “De la adopción”, *op. cit.*, p. 255; GARRIDO CHAMORRO, P. (2016). “Las instituciones civiles de protección de menores y la adopción”. En: V. M. Garrido de Palma (dir.), *Instituciones de Derecho Privado*, T. IV Familia, vol. 2.º, 2.ª ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters, p. 1120.

⁵³ LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 175 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 649 señala al respecto que “el legislador ha tratado de equiparar la diferencia mínima con la edad necesaria para la emancipación”. Para, CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2017). “Análisis de la reforma de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *op. cit.*, p. 332 esta diferencia de edad está en consonancia “con la elevación de la edad del matrimonio modificada por la Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria y la del consentimiento sexual modificada en el Código Penal, ambas a los 16 años”. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, de 12 de febrero de 2020 (JUR 2020,118670) adopción por el abuelo.

⁵⁴ LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 175 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 649; BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 670; CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2017). “Análisis de la reforma de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *op. cit.*, p. 332.

⁵⁵ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.^a, de 25 de octubre de 2023 (JUR 204,41978) diferencia entre adoptantes y adoptado de 49 años con el acogedor y de 47 con la acogedora.

Por su parte, las Comunidades Autónomas ya habían establecido en sus legislaciones respectivas una edad máxima. Así, en el artículo 59.1 b) de la Ley 6/1995, de 28 de marzo de Garantía de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid se indica que, la diferencia entre adoptando y adoptantes no puede ser superior a cuarenta años; el artículo 78.5 de la Ley 8/2010 de 23 de diciembre de Garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia de Cantabria señala que, la diferencia de edad máxima entre el adoptante y adoptado no superará los cincuenta años, tomando en consideración en el caso de parejas al miembro de menos edad; y, el artículo 77.2 a) de la Ley 3/2011, de 30 de junio de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia fija entre las circunstancias a tener en cuenta para valorar la idoneidad “que entre la persona adoptante y adoptado exista una edad adecuada, siguiendo un criterio biológico normalizado y ajustado a sus correspondientes etapas vitales”.

⁵⁶ El artículo 176.2 como excepciones a esta diferencia máxima de edad: 1. Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad; 2. Ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal; 3. Llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo; 4. Ser mayor de edad o menor emancipado.

De todas formas, la diferencia de edad de cuarenta y cinco años fue bien acogida por el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de protección a la infancia de 30 de septiembre de 2014, p. 78 y por la Recomendación número 60 de la Comisión especial del Senado para el estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines de 2010 que establece la conveniencia de fijar un límite máximo de edad entre adoptante y adoptados acorde con la naturaleza biológica (p. 53). De todas formas, en el Preámbulo de la Ley 26/2015 se indica que, la previsión sobre la diferencia de edad máxima se establece “para evitar que las discrepancias que existan en la normativa autonómica sobre edades máximas en la idoneidad, provoquen distorsiones no deseables”.

⁵⁷ LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 175 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 649; GARRIDO CHAMORRO, P. (2016). “Las instituciones civiles de protección de menores y la adopción”, *op. cit.*, p. 1116.

⁵⁸ CALLEJO RODRÍGUEZ, C., (2017). “Análisis de la reforma de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *op. cit.*, pp. 333-334.

⁵⁹ En este sentido, CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2017). “Análisis de la reforma de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *op. cit.*, pp. 336-337 la diferencia de edad de cuarenta y cinco años no se configura como presupuesto de idoneidad, sino como requisito de capacidad para adoptar.

⁶⁰ LÓPEZ AZCONA, A. (2016). “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia”, *op. cit.*, p. 57.

⁶¹ PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). “Comentario al artículo 175 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 920.

⁶² LÓPEZ AZCONA, A. (2016). “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia”, *op. cit.*, p. 57; CALLEJO RODRÍGUEZ C. (2017). “Análisis de la reforma de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *op. cit.*, p. 340.

⁶³ LIÉBANA ORTIZ, J.R. (2015). “De la adopción”, *op. cit.*, p. 256; BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 672; LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 175 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 651; GARRIDO CHAMORRO, P. (2016). “Las instituciones civiles de protección de menores y la adopción”, *op. cit.*, p. 1154.

⁶⁴ Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2.ª, de 8 de julio de 2022 (JUR 2023,59970) carácter excepcional y la finalidad de integración familiar: analizadas las concretas circunstancias que concurren no se aprecian motivos suficientes que justifiquen la pretendida adopción.

⁶⁵ Vid., el auto de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1.ª, de 8 de julio de 2020 (AC 2021,439) interpretación amplia del requisito de la convivencia ininterrumpida en atención a las múltiples incidencias que puede darse en tal convivencia. Ha existido dicha convivencia a pesar del divorcio ocurrido.

⁶⁶ LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 175 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 651; CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2017). “Análisis de la reforma de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *op. cit.*, p. 353. Vid., el auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2.ª, de 8 de julio de 2022 (JUR 2023,59970).

⁶⁷ LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 175 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 651.

⁶⁸ BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 674.

⁶⁹ BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 679.

⁷⁰ LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 175 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 651-652.

⁷¹ PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á., “Comentario al artículo 175 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 921; del mismo autor, “La adopción”, *op. cit.*, p. 460.

⁷² BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 656 señala que, se excluye como requisito de capacidad para la adopción la exigencia de una determinada duración de la unión o la constancia en el registro. Por su parte, LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 175 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 652 indica que “resulta poco coherente que ex cónyuges y ex parejas puedan adoptar y no, en cambio, parejas que tienen una relación estable pero que no están inscritas en Registro alguno.

Sin embargo, para ÁLVAREZ OLLALLA, P. (2014). “Modificaciones de Derecho Civil contenidas en el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia”, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil, número 4, julio*, p. 9 exige la inscripción en el Registro correspondiente.

El artículo 96 c) de la Ley 4/1994, de 10 de noviembre de protección y asistencia de menores de Extremadura exige que, los solicitantes en caso de adopción conjunta han de aportar dos años de convivencia; y el artículo 305.1 del Código Foral aragonés considera que hay pareja estable no casada cuando se haya producido la convivencia marital durante un periodo ininterrumpido de dos años.

⁷³ LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 175 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 653.

⁷⁴ PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). “Comentario al artículo 175 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 918.

⁷⁵ Para LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 175 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 653 se quiere normalizar la situación de los hijos adoptantes a los supuestos de separación o divorcio de los hijos biológicos, por lo que se entiende que “de la misma manera que las crisis matrimoniales o de pareja no tiene por qué afectar a las relaciones con los hijos biológicos, en el caso de los adoptivos tampoco deberían influir en la culminación de la adopción, máxime si el adoptando ya está conviviendo previamente con los cónyuges o la pareja”; sin embargo, LÓPEZ AZCONA, A. (2016). “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores...”, *op. cit.*, pp. 57-58 critica este supuesto, pues personalmente le plantea muchas dudas a la luz del interés del menor y “ello aparte de que hubiera sido deseable que el legislador clarificase el régimen de convivencia previa con el adoptando exigida como presupuesto adicional en este supuesto” (artículo 175.5 del Código Civil).

⁷⁶ LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 175 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 654; BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 668; CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2017). “Análisis de la reforma de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *op. cit.*, p. 350.

⁷⁷ BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 668.

⁷⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2017). “La historia interminable: una nueva reforma de la adopción”. En: M.^a Victoria Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, p. 335.

⁷⁹ BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 669.

⁸⁰ PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). “Comentario al artículo 176 del Código Civil”. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado*, vol. I, Navarra: Civitas Thomson Reuters, p. 924 señala al respecto que, las diferentes Comunidades Autónomas “han asumido la gestión del procedimiento de adopción que comprende: la recepción y tramitación de solicitudes; la selección de adoptantes; la declaración de idoneidad, así como la presentación de propuestas de adopción ante el Juez competente”, asimismo, LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 176 del Código Civil”. En: R. Bercovitz Rodríguez Cano (dir.), *Las modificaciones del Código Civil del año 2015*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 656; CALLEJO RODRÍGUEZ, C., “Análisis de la reforma de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *op. cit.*, p. 356.

⁸¹ PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). “Comentario al artículo 176 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 924; del mismo autor, “La adopción”, *op. cit.*, p. 461.

⁸² Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2.^a, de 16 de diciembre de 2019 (JUR 2020,92230) certificado de idoneidad: acreditado a lo largo de ocho años la persistencia e implicación personal en su propósito. Falta de prueba que resulten carentes de habilidades o capacidades para afrontar las dificultades o diferentes escenarios que genera la adopción de un menor cuyo origen cultural y sus costumbres supone un cambio en el contexto propio del lugar de adopción; y, de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 6.^a, de 1 de septiembre de 2022 (JUR 2022,331275) no son idóneas para la adopción internacional: informes de los equipos psicosociales concluye que la convivencia de la pareja no es continua y efectiva y que uno de los dos miembros de la pareja no reside en Galicia.

⁸³ LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 176 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 658.

⁸⁴ En la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 5 de noviembre de 2020 (JUR 2021,2408) aun existiendo informes contradictorios, las limitaciones advertidas no son compatibles con una parentalidad desequilibrada ni de ellas se infiere la imposibilidad de la pareja de realizar un acompañamiento emocional definitivo del menor que se incorpore al núcleo familiar. Relación estable, economía saneada, personas trabajadoras y responsable, patrón de personalidad funcional y adaptativo y presentan suficientes habilidades y recursos para proporcionar a una menor en adopción un cuidado responsable y afectivo.

Por su parte, no se aprecia la idoneidad en la adopción, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.^a, de 1 de octubre de 2021 (JUR 2022,268231) adoptando de nacionalidad china de entre 4 y 6 años de edad con necesidades especiales similares a la hija adoptiva de la misma nacionalidad que ya adoptaron anteriormente. La motivación de los padres de 53 años de edad a la hora de intentar la adopción es colmar la necesidad de ser padres, pues, ya tienen cuatro hijos, sino instrumentalizarla para que su hija adoptiva cuenta con la compañía de una hermana más pequeña y personalidad exigente y perfeccionista de la adoptante, que pudiendo ser una cualidad, también llevada al extremo a cierta edad comporta un desgaste añadido cuando se trata de educar a la vez a dos menores de origen extranjero y con dificultades especiales.

⁸⁵ Vid., por todos, LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 176 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 661. Por su parte, el artículo 83.1 apartado 2 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero de atención y protección a la infancia y a la adolescencia del País Vasco fija, igualmente, una duración de validez del certificado de idoneidad de tres años, sin perjuicio de su revisión en cualquier momento.

⁸⁶ CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2017). “Análisis de la reforma de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *op. cit.*, p. 361; LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 176 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 660.

⁸⁷ LÓPEZ AZCONA, A. (2016). “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores...”, *op. cit.*, p. 59; LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 176 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 658.

⁸⁸ BARBER CÁRCAMO, R. (2021). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 689 señala al respecto que “la adopción de los sobrinos carnales o las del propio cónyuge es el supuesto contemplado en la norma, de frecuente aplicación práctica, en cuanto ejemplo habitual de integración familiar tras la desgracia”. Por su parte, para LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 176 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 658 habría que “hacer extensiva esta excepción no solo el huérfano, sino también a aquel adoptando cuyos padres han sido privados de la patria potestad por sentencia firme o incursos en causa legal para la privación”.

⁸⁹ Esta adopción tiene lugar cuando: se adopta a un huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad; ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal; y llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo. Advierte BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 695 que se excluye de esta posibilidad la adopción a los mayores de edad o menor emancipado sin apreciar motivo para ello. Asimismo, para GARRIDO CHAMARRO, P. (2016). “Las instituciones civiles de protección de menores y la adopción”, *op. cit.*, p. 1099 “la aparente exclusión de la posibilidad de adopción *post mortem* cuando el adoptando fuera mayor de edad o emancipado parece criticable, ya que, si bien, no genera su integración familiar con el mismo adoptante fallecido, el establecimiento de una relación de parentesco con la familia de éste puede estar justificado”. No obstante, añade que “la interpretación más correcta es que no se impide en él la adopción

post mortem por el hecho de que el adoptando sea mayor de edad o mencionado, sino que solo impide la misma cuando el único fundamento de la exclusión de la propuesta previa sea la mayoría de edad o emancipación del mismo”.

⁹⁰ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, de 6 de noviembre de 2020 (JUR 2021,98384).

⁹¹ PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). “Comentario al artículo 177 del Código Civil”. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado, vol. I*, Navarra: Civitas Thomson Reuter, p. 934; del mismo autor, “La adopción”, *op. cit.*, pp. 462-463 quien, asimismo, precisa que “respecto del adoptante, el consentimiento supone la emisión de una declaración manifestando la voluntad de adoptar a alguien en particular”; y respecto del adoptando “el consentimiento supone la emisión de una declaración manifestando la voluntad de querer ser adoptado por alguien en concreto”.

⁹² Vid., el auto de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1.ª, de 16 de septiembre de 2020 (JUR 2021,39930).

No procede el consentimiento de la madre biológica de la menor al ser menor de edad también, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 20 de febrero de 2020 (JUR 2020,85361).

⁹³ LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 177 del Código Civil”. En: R. Bercof Rodríguez Cano (dir.), *Las modificaciones del Código Civil del año 2015*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 676. Para PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). “Comentario al artículo 177 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 935 el consentimiento es “presupuesto necesario para la adopción sin que sea sustituible por una decisión judicial”. Por su parte, CALLEJO RODRÍGUEZ, C., “Análisis de la reforma de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *op. cit.*, p. 366 señala que, constituye un requisito esencial del acto constitutivo de la adopción; de forma que, no se puede constituir sin ellos.

⁹⁴ LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 177 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 676; LIÉBANA ORTIZ, J.R. (2016). “De la adopción”, *op. cit.*, p. 261.

⁹⁵ LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 177 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 676 señala que “debería haberse requerido el consentimiento del menor siempre que éste tuviera juicio suficiente, aunque no tuviera los doce años, tal como estaba previsto en el Anteproyecto de 25 de abril de 2014 de la LPJA”.

⁹⁶ BARBER CÁRCAMO R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 699; LÓPEZ MAZA S. (2016). “Comentario al artículo 177 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 676.

⁹⁷ Vid., el auto de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 29 de marzo de 2023 (JUR 2023,441180).

⁹⁸ PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). “La adopción”, *op. cit.*, p. 463; CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2017). “Análisis de la reforma de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *op. cit.*, p. 367; BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 697 señala que, la adopción es nula.

⁹⁹ LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 177 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 677.

¹⁰⁰ BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 699. Vid., el auto de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1.ª, de 10 de octubre de 2022 (JUR 2023,76930).

¹⁰¹ LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 177 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 677.

¹⁰² PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). “Comentario al artículo 177 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 935.

¹⁰³ LÓPEZ AZCONA, A. (2016). “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores...”, *op. cit.*, p. 66.

¹⁰⁴ LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 177 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 677; PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). “Comentario al artículo 177 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 937.

¹⁰⁵ Vid., el auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, de 22 de enero de 2021 (JUR 2021,130284).

¹⁰⁶ BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 699 señala que, la norma es aplicable a los supuestos de adopción conjunta sucesiva; por su parte, PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). “La adopción”, *op. cit.*, p. 464; y CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2017). “Análisis de la reforma de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *op. cit.*, p. 371 precisan que, esta excepción se refiere al supuesto previsto en el artículo 175.5 y en estos casos los dos cónyuges o miembros de la pareja del adoptando deben prestar su consentimiento.

¹⁰⁷ BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 705 critica la sustitución del término “padre” por el de “progenitores” por dos razones: “una, porque el asentimiento se vincula a la patria potestad y no a la verdad biológica a que conduce el término progenitor; dos, porque no es coherente que, el padre adoptivo no deba asentir a la adopción sucesiva del hijo”. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, secc. 1.ª, de 22 de octubre de 2020 (AC 2021,47) madre no incura de privación de la patria potestad. Posible depresión postparto y, además, no ha transcurrido el plazo del artículo 177.2 del Código Civil.

¹⁰⁸ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, de 6 de abril de 2016 (JUR 2016, 188193); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, de 8 de septiembre de 2016 (JUR 2016, 262146); de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1.ª, de 4 de octubre de 2017 (JUR 2017, 258807); de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, de 13 de junio de 2019 (AC 2019,1867); de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 3.ª, de 3 de marzo de 2020 (JUR 2020,152212); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 23 de abril de 2020 (JUR 2021,56160); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, de 18 de mayo de 2020 (JUR 2020,225944); y, de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1.ª, de 22 de enero de 2021 (JUR 2021,123052); y los Autos de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.ª, de 10 de noviembre de 2017 (JUR 2018,413); de la Audiencia Provincial de Soria, secc. 1.ª, de 25 de febrero de 2020 (JUR 2020,273290); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, 29 de septiembre de 2021 (JUR 2021,390326); de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1.ª, de 22 de enero de 2021 (JUR 2021,123052); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 11 de octubre de 2021 (JUR 2022,147); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 22 de octubre de 2021 (JUR 2022,21722); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, de 16 de marzo de 2022 (JUR 2022,215958) no procede por estar la madre incura en causa de privación de la patria potestad: maltrato prenatal; y de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 17 de julio de 2023 (JUR 2023,405).

¹⁰⁹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 21 de junio de 2023 (JUR 2023,328522).

¹¹⁰ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.ª, de 4 de mayo de 2023 (JUR 2023,319635).

¹¹¹ BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 707; LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 177 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 681 precisa que “esta excepción debe aplicarse también al primer grupo con derecho a asentir, esto es, al cónyuge o pareja de hecho unida al adoptante por relación de afectividad análoga a la conyugal. Tanto unos como otros pueden encontrarse imposibilitados”. Por su parte, CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2017). “Análisis de la reforma de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modifi-

cación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *op. cit.*, p. 368 señala que, en esta enumeración de posibles causas de imposibilidad habría que incluir “aquellas situaciones de imposibilidad de localización y de no comparecencia a pesar de la correcta citación conforme al artículo 38 de la LJV”. Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.ª, de 11 de mayo de 2022 (JUR 2022,312514) falta de capacidad de las partes para el cuidado y atenciones básicas del menor.

¹¹² Las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 29 de septiembre de 2021 (JUR 2021,390326) madre biológica incurso en privación de la patria potestad al tiempo de intervención de la Entidad Pública y así se ha mantenido; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 23 de diciembre de 2021 (JUR 2022,140660) no procede el asentimiento de los padre del adoptando: madre biológica incurso en causa de privación de la patria potestad respecto del menor, al haber permanecido desaparecido durante un año y nueve meses; de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, de 16 de marzo de 2022 (JUR 2022,215958) no procede el Asentimiento por tratarse de una madre incurso en causa de privación de la patria potestad por maltrato prenatal: embarazo no controlado con analítica de cocaína, barbitúricos y metadona; de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, de 20 de abril de 2022 (JUR 2022,2611206) no procede el asentimiento de los padres del adoptado por la situación de incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, el desamparo y el acogimiento con fines de adopción del menor. Además, no consta que fuese recurrido, por lo que o está justificado por la progenitora pretender el asentimiento en el expediente de adopción, máxime una vez que consta que la menor se encuentra integrada en la familia pre-adoptiva y su interés es el que debe ser objeto de superior protección; de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.ª, de 11 de julio de 2022 (JUR 2022,305088); de la Audiencia Provincial de Huesca, secc. 1.ª, de 12 de marzo de 2023 (JUR 2023,269897) no procede el asentimiento de la progenitora por acreditarse antecedentes de desprotección grave con respecto a sus anteriores hijos que conllevaron una separación definitiva de los mismos; carencia de medios personales, materiales y sociales para atender a su hijo. Situación de exclusión social cronificado tanto en la progenitora como de su entorno familiar, que impide la existencia de una red social y familiar que dé cobertura adecuado al menor unido a su discapacidad; de la Audiencia provincial de Alicante, secc. 6.ª, de 4 de mayo de 2023 (JUR 2023,319635) desestimación del asentimiento a la adopción por trascurso de más de dos años desde que se desestimara la oposición formulada frente a la declaración de desamparo de las menores y no consta acreditado que se haya producido una modificación significativa de las circunstancias que dieron lugar a dicha declaración; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 21 de junio de 2023 (JUR 2023,328522) no procede el asentimiento de la madre por suspensión de la patria potestad por trascurso de dos años desde la notificación de la declaración de la situación de desamparo sin oposición a la misma; de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.ª, de 11 de julio de 2022 (JUR 2022,308088) transcurso de más de dos años desde la declaración de desamparo sin oposición del progenitor; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 17 de julio de 2023 (JUR 2023,405868) desestimación del asentimiento al estar la progenitora incurso en causa de privación de la patria potestad; hijas en situación de desprotección. Progenitora que, además, no es capaz de apreciar las negligencias padecidas por las niñas como situaciones graves de desprotección; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 20 de septiembre de 2023 (JUR 2023.396555); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 13 de diciembre de 2023 (JUR 2024,55077) improcedencia del asentimiento de la progenitora, pues, al tiempo de la declaración del desamparo del menor se encontraba en una situación de riesgo evidente por el incumplimiento de su progenitora de los deberes sencales y derivados de la patria potestad; de la Audiencia Provincial de León, secc.

2.ª, de 9 de enero de 2024 (JUR 2024,88612) considera no necesario el asentimiento, bastando la simple audiencia del menor, hijo biológico del demandante, pues, desde la declaración de desamparo han pasado varios años sin que la madre, ni el padre se hayan puesto en contacto con los servicios sociales preocupándose por el menor, y sin que exista constancia cierta que, la recurrente haya superado las dificultades y causas que motivaron la situación de desprotección del menor, quien por otra parte se encuentra totalmente integrado en su núcleo familiar adoptivo. Y, los autos de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 29 de junio de 2023 (JUR 2024,31450) asentimiento de los padres biológicos. No es preciso, pues, hace ocho años porque no conviven con la familia biológica; y, de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 7 de julio de 2023 (JUR 2024,29449).

¹¹³ LÓPEZ MAZA S. (2016). “Comentario al artículo 177 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 681.

¹¹⁴ BARBER CÁRCAMO R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 706 señala que, aunque el artículo 177.2 del Código Civil no lo establezca “si el menor estuviera sometido a tutela, tampoco procederá el asentimiento paterno, dada su vinculación con la patria potestad. Sin que resulte sustituido por el asentimiento del tutor, ya que el artículo 177.3.º.2 solo exige su audiencia”.

¹¹⁵ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, de 20 de abril de 2022 (JUR 2022,261206); de la Audiencia Provincial de Huesca, secc. 1.ª, de 12 de marzo de 2023 (JUR 2025,269891); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 20 de septiembre y de 13 de diciembre de 2023 (JUR 2023,396355; JUR 2024,55077).

¹¹⁶ Vi., la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, de 4 de octubre de 2019 (JUR 2020,41662) más de 7 años de convivencia con la familia de acogida.

¹¹⁷ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 22.ª de 11 de octubre de 2021 (JUR 2022,12783).

¹¹⁸ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, de 29 de mayo de 2020 (JUR 2020,283010).

¹¹⁹ Roj. STS 1153/2022; ECLI:ES:TS:2022:1153.

¹²⁰ LA LEY 234128/2024.

¹²¹ Vi., la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2.ª, de 24 de septiembre de 2021 (JUR 2021,378898).

¹²² Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, de 16 de noviembre de 2021 (JUR 2022,140333).

¹²³ ÁLVAREZ OLLALLA, P. (2014). “Modificaciones de Derecho Civil contenidas en el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia”, *op. cit.*, p. 10; LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 177 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 683. Para BARBER CÁRCAMO, R., (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 716 el fundamento de esta norma es claro “procurar que la madre determine el destino de su hijo sin ver comprometida su libertad por la tensión emocional consiguiente a un embarazo o un inmediato puerperio”. Por su parte, CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2017). “Análisis de la reforma de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *op. cit.*, p. 373 considera acertado este plazo pues “aporta mayor seguridad jurídica y ante situaciones conflictivas en orden a garantizar la emisión correcta del asentimiento por la madre”. PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). “La adopción”, *op. cit.*, p. 465 precisa que, se estima como radicalmente nulo el consentimiento prestado por la madre antes del transcurso del plazo legal.

¹²⁴ PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). “Comentario al artículo 177 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 937.

¹²⁵ LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 177 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 674 y 682; BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, pp. 697 y 701 señala que la adopción es nula; para GARRIDO CHAMORRO, P. (2016). “Las instituciones civiles de protección de menores y la adopción”, *op. cit.*, p. 1157 su ausencia puede provocar una ineficacia condicionada del negocio adoptivo; por su parte, PÉREZ ÁLVAREZ M.Á. (2016). “Comentario al artículo 177 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 937 señala que “el asentimiento no es un consentimiento rebajado o atenuado; antes bien, el asentimiento es un consentimiento-autorización, cualificado por proceder de quien no es sujeto en la relación que se trata de constituir mediante la oportuna resolución judicial”; del mismo autor, “La adopción”, *op. cit.*, p. 465 configura el asentimiento como acto jurídico que, cuando es preceptivo actúa a modo de *condicio iuris*. Vid., asimismo, la STS, Sala de lo Civil, de 20 de abril de 1987 (RJ 1987/2717); y de 19 de febrero de 1988 (RJ 1988/1117); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2.ª, de 24 de septiembre de 2021 (JUR 221,378898).

¹²⁶ LÓPEZ AZCONA, A. (2016). “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores...”, *op. cit.*, p. 67; LÓPEZ MAZA, S., (2016). “Comentario al artículo 177 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 683. Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.ª, de 9 de enero de 2024 (JUR 2024,88612); y, el auto de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, de 25 de octubre de 2023 (JUR 2024,27991).

¹²⁷ Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 22 de octubre de 2021 (JUR 2022,21722).

¹²⁸ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, de 12 de junio de 2020 (JUR 2020,277671); de la Audiencia de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, de 27 de mayo de 2020 (JUR 2020,243697); de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, de 17 de febrero de 2022 (JUR 2022,164923); y el auto de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, de 25 de octubre de 2023 (JUR 2024,27971).

¹²⁹ GARRIDO CHAMORRO, P. (2016). “Las instituciones civiles de protección de menores y la adopción”, *op. cit.*, p. 1166; LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 177 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 683 señala que, “incluso el legislador debería haber previsto la posibilidad de dar audiencia a familiares del menor que no sean guardadores”. Vid., el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 22 de octubre de 2021 (JUR 2022,21722) a los padres del adoptado, y a la hija mayor de edad.

¹³⁰ BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, pp. 717-718.

¹³¹ LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 177 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 684. En la misma línea, LÓPEZ AZCONA, A. (2016). “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores...”, *op. cit.*, p. 68; BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 719.

¹³² PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). “Comentario al artículo 177 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 938; del mismo autor, “La adopción”, *op. cit.*, p. 466 precisa, asimismo, que “la audiencia, con fundamento en el artículo 24.1 de la CE, debe atribuírsele el carácter de necesario en los supuestos en que fuera preceptiva”; BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 720 para quien su omisión comporta la nulidad de la adopción. Asimismo, vid., la STS, Sala de lo Civil, de 27 de febrero de 1985 (RJ 1985, 817) señala al respecto que, cuando es preceptivo el trámite de audiencia, su omisión constituye un defecto esencial que afecta a la validez de la adopción que se hubiera constituido.

¹³³ LIÉBANA ORTIZ, J.R. (2016). “De la adopción”, *op. cit.*, pp. 266-267. En esta línea, PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). “La adopción”, *op. cit.*, p. 466 señala al respecto que, la audiencia responde al fin de propiciar una adecuada valoración judicial del interés del adoptante,

y dicha valoración es de carácter discrecional y no será vinculante para el juez la opinión de quienes participen en el trámite.

¹³⁴ Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, de 22 de enero de 2021 (JUR 2021,130284).

¹³⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., (2017) “La historia interminable: una nueva reforma de la adopción”. En: M.ª V. Mayor del Hoyo (dir.), El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 338.

¹³⁶ LÓPEZ AZCONA, A. (2016). “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores...”, *op. cit.*, p. 61.

¹³⁷ LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 176 bis del Código Civil”. En: R. Bercovitz Rodríguez Cano (dir.), *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, Valencia: tirant lo Blanch, p. 668.

Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.º, de 10 de marzo de 2023 (JUR 2023,261681); y, de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 1.ª, de 16 de marzo de 2023 (JUR 2023,209248).

¹³⁸ CALLEJO RODRÍGUEZ, C., (2017). “Análisis de la reforma de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *op. cit.*, pp. 387-388; LÓPEZ MAZA S. (2016). “Comentario al artículo 176 bis del Código Civil”, *op. cit.*, p. 668.

¹³⁹ Para MAYOR DEL HOYO, M.ª V. (2016). “Comentario al artículo 176 bis del Código Civil”. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado, vol. I*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, Navarra, p. 929 atendiendo al interés del menor, el artículo 176 bis legitima para delegar la guarda tanto antes de la presentación, como que se haga al presentarla o incluso después.

¹⁴⁰ MAYOR DEL HOYO, M.ª V. (2016). “Comentario al artículo 176 bis del Código Civil”, *op. cit.*, p. 930; sin embargo, para LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 176 bis del Código Civil”, *op. cit.*, p. 669 no se prevé la audiencia a los progenitores del menor.

¹⁴¹ LÓPEZ AZCONA, A. (2016). “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores...”, *op. cit.*, p. 62.

¹⁴² MAYOR DEL HOYO, M.ª V. (2016). “Comentario al artículo 176 bis del Código Civil”, *op. cit.*, p. 931.

¹⁴³ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, de 17 de diciembre de 2020 (JUR 2021,98363); y, de la Audiencia Provincial de León, secc. 1.ª, de 30 de julio de 2021 (JUR 2021,342970).

¹⁴⁴ Para la mayoría de la doctrina la prórroga se refiere no al plazo de duración de la guarda, sino al plazo de duración del periodo de adaptación, vid., LÓPEZ AZCONA A. (2016). “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores...”, *op. cit.*, p. 62; LÓPEZ MAZA, S. (2016). “Comentario al artículo 176 bis del Código Civil”, *op. cit.*, p. 671. Sin embargo, entiende CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2017). “Análisis de la reforma de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *op. cit.*, p. 391 que la prórroga se refiere a la duración de la guarda.

¹⁴⁵ MAYOR DEL HOYO, M.ª V. (2016). “Comentario al artículo 176 bis del Código Civil”, *op. cit.*, p. 929.

¹⁴⁶ En EEUU las leyes sobre adopción abierta varían de un estado a otro. Algunos Estados permiten acuerdos de adopción abierta que, son legamente vinculantes, mientras que otros no tienen regulaciones específicas. Los estudios sugieren que la adopción abierta puede ayudar

a desarrollar una identidad más sólida y a tener una mejor salud emocional, al poder conocer sus raíces. Y en lo relativo a los acuerdos de contacto en adopciones abiertas, en muchos estados pueden ser informales y no siempre legalmente vinculantes. Sin embargo, algunos estados permiten que estos acuerdos se formalicen en el proceso de adopción. Si bien, la mayoría de las leyes de adopción en EEUU señalan que cualquier decisión relacionada con la adopción debe centrarse en el mejor interés del menor.

Así en California el Código de Bienestar e Instituciones permite acuerdos de adopción abierta y reconoce la importancia de mantener el contacto entre el niño y los padres biológicos, siempre que sea en el mejor interés del menor. En Washington, en su Código revisado permite la adopción abierta y establece que los acuerdos de contacto pueden ser parte del proceso de adopción, aunque su cumplimiento puede no ser obligatorio. En Texas, en su Código de Familia permite la adopción abierta, pero los acuerdos de contacto no son legalmente vinculantes. Sin embargo, se fomenta la comunicación entre las partes. En Florida, la Ley de Adopción permite la adopción abierta y reconoce la importancia de mantener la conexión entre el niño y su familia biológica, aunque los acuerdos no son obligatorios. Y, en Nueva York, la Ley de Adopción permite la adopción abierta y establece que los padres biológicos pueden tener contacto con el niño, siempre que sea beneficioso para él.

En Europa, la adopción abierta también ha ganado popularidad, aunque la práctica y aceptación varían entre países. Por ejemplo, en países como Suecia y los Países Bajos hay un enfoque más positivo hacia la adopción abierta. La Ley de Adopción sueca permite que los padres biológicos y adoptivos establezcan acuerdos de contacto y se fomenta la comunicación entre ellos, siempre que sea en el mejor interés del niño. Por su parte, la Ley de Adopción de Países Bajos los acuerdos de contacto pueden ser parte del proceso de adopción y se considera beneficioso para el bienestar del hijo mantenerla conexión con su familia biológica. En Reino Unido, la Ley de Adopción de 2002 (*Adoption and Children Act 2000*) permite la adopción abierta y se reconoce la importancia de mantener el contacto entre el niño y sus padres biológicos cuando las circunstancias lo aconsejen. Los acuerdos de contacto puede ser formales e informales y se busca que sean en el mejor interés del hijo. En Francia, la regulación de la adopción en su Código Civil aboga por la adopción cerrada, pero hay un creciente interés en la adopción abierta. Si bien, los acuerdos de contacto no son comunes y no están formalmente regulados. En Alemania, la Ley de Adopción fomenta la adopción cerrada, no siendo, pues, una práctica común la adopción abierta. Sin embargo, hay un reconocimiento creciente de los beneficios de mantener el contacto con la familia biológica, aunque no hay un marco legal claro para ello. En Italia, la Ley de Adopción tiende a favorecer la adopción cerrada, pero hay un interés creciente en la adopción abierta. Los acuerdos de contacto no son comunes y no están formalmente regulados.

¹⁴⁷ MAYOR DEL HOYO, M.^a V. (2016). “Comentario al artículo 178 del Código Civil”. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado, vol. I*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, p. 949; LÓPEZ AZCONA, A. (2016). “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores...”, *op. cit.*, p. 71; BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 730; ANGUITA RÍOS, R.M. (2016). “La adopción abierta. Un paso más en el derecho a la identidad biológica del adoptado”, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil, número 11, diciembre*, pp. 99-100.

¹⁴⁸ En el Protocolo de adopción abierta de la Junta de Andalucía en su página 8 se indican como *beneficios*: para la persona en guarda o adoptado: 1. Desarrollo un sentimiento más fuerte de identidad; y, 2. Participa legalmente en su proyecto de adopción, ya que con su opinión o su consentimiento puede manifestar la forma y la frecuencia del contacto con su familia biológica. Para la familia adoptiva: 1. Los padres adoptivos pueden hablar sobre los orígenes con sus hijos o

hijas adoptados de manera más natural y transparente; y, 2. El conocimiento de los antecedentes médicos de los menores. Para la familia biológica: 1. El alivio del sentimiento de culpabilidad en muchos casos, al conocer que sus hijos están en un contexto familiar seguro; 2. Hay casos en los que los padres planteas menor resistencia a la ruptura definitiva con sus hijos, dado que tienen la oportunidad de seguir manteniendo contacto o información sobre ellos, siendo esto una forma de compensación por la pérdida del hijo; 3. En las adopciones de menores más mayores la adopción abierta puede aliviar la sensación de pérdida y abandono; y, 4. Para crecer con un sentido de pertenencia. Con la adopción abierta. Y en su página 9 como *riesgos*: para la persona en guarda o adoptada: 1. La construcción simultánea de vínculos con la familia adoptiva y el mantenimiento de alguna forma de vínculos con la familia de origen que, puede dificultar su buen desarrollo del proceso de pertenencia a la familia adoptiva, y 2. La adopción abierta no es un proceso fijo en el tiempo, sino que puede evolucionar. Así la persona adoptada puede expresar su deseo de incremental, o al contrario, disminuir los contactos con sus familiares biológicos; y, 3. El avance de las nuevas tecnologías ha dado lugar a contactos no supervisados entre adolescentes adoptados y sus familiares biológicos con el riesgo que supone para la persona menor no está preparada para las posibles reacciones de la familia de origen (rechazo del contacto, revelación brusca de las circunstancias de la adopción, etc.). Para la familia adoptiva: 1. La familia adoptiva no está totalmente convencida e involucrada en el mantenimiento de cierta forma de contacto; 2. La familia adoptiva puede encontrarse en una posición delicada cuando la persona adoptada se muestra reacia al contacto con su familia de origen o cuando se opone a ello; 3. Cuando la familia adoptiva ha adoptado a menores de distintos padres biológicos, el hecho que algunos mantengan contacto y otros no, pueden crear una situación de desigualdad; lo que, puede resultar difícil de manejar ara los padres adoptivos; y, 4. Las diferentes presiones que pueda ejercer la familia biológica sobre la familia adoptiva. Para la familia biológica: La adopción abierta puede ser un obstáculo para su duelo

¹⁴⁹ BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 731. Para GÓMEZ BENGOCHEA, B. (2024). “Adopción abierta: desarrollo normativo y aplicación práctica en España 10 años después”, *LA LEY Derecho de familia, núm. 43*, julio, p. 3 “las declaraciones de idoneidad deben especificar si la familia está preparada para adoptar a un menor que vaya a mantener contacto con su familia de origen; de modo que, es necesario que las propuestas de idoneidad o no idoneidad recojan esta cuestión”.

¹⁵⁰ Al respecto, BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 730 señala que, “en realidad, parece más razonable extrapolar de esta excepción la regla y exigirlo en tales casos”.

¹⁵¹ MAYOR DEL HOYO, M.^a V. (2016). “Comentario al artículo 178 del Código Civil”. En: R. Bercovtiz Rodríguez Cano (dir.), *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, Valencia, tirant lo Blanch, p. 950; LÓPEZ MAZA, S., “Comentario al artículo 178 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 689.

¹⁵² BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 731.

¹⁵³ Para BARBER CÁRCAMO, R. (2017). “La filiación adoptiva”, *op. cit.*, p. 732 representa una nueva muestra de la administrativización de la legislación civil.

¹⁵⁴ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.^a, de 1 de abril de 2029 (JUR 2019,141044).

En esta línea, asimismo, vid., el artículo 122 de la Ley 4/2023 relativo al Derecho de las personas adoptadas a conocer sus orígenes. 1. Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos de acuerdo con el artículo 180.6 del Código Civil y en el artículo 7 de esta Ley sin perjuicio de lo establecido en los artículos 16 y 17 sobre protección de

la salud y prevención de enfermedades y protección y acceso a datos sanitarios, respectivamente. 2. La administración pública de la Comunidad de Madrid garantizará la conservación de cuantos documentos contengan información sobre los orígenes de la persona adoptada, al menos durante cincuenta años desde la adopción. 3. La administración pública de la Comunidad de Madrid prestará asesoramiento y ayuda para hacer efectivo el derecho a conocer los orígenes biológicos a las personas adoptadas que residan en la Comunidad de Madrid, y a aquellas no residentes cuya adopción se hubiera promovido en esta comunidad. A tal fin, se recabará la colaboración de las entidades públicas de protección del actual lugar de residencia o del lugar en que se produjo la adopción. Al tratarse de datos de publicidad restringida, la notificación previa a las personas afectadas que prevé el artículo 180.6 del Código Civil se realizará con la máxima discreción y privacidad. La entidad pública de protección dispondrá de tres meses para intentar localizar a estas personas e informarles de la búsqueda de orígenes que les afecta. 4. El asesoramiento y la ayuda prestada por un equipo técnico especializado de la Comunidad de Madrid incluirá la orientación sobre el proceso de búsqueda, la localización y obtención de la información, así como el asesoramiento para su comprensión y asimilación. En caso de solicitarse el contacto con miembros de la familia de origen, se ofrecerá la intermediación y preparación para el mismo si las personas afectadas prestan su consentimiento a tal efecto. 5. En cumplimiento de estas funciones, la Comunidad de Madrid podrá recabar de cualquier entidad pública o privada los informes y antecedentes de la persona adoptada, o de su familia origen, quedando aquellas obligadas a facilitarlos de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil. 6. Únicamente la persona adoptada es titular del derecho a conocer y a la asistencia pública para la búsqueda de datos.

El anterior derecho incluirá la posibilidad que el adoptado tuviese interés únicamente en conocer los antecedentes médicos de su familia biológica, recabando los oportunos consentimientos de esta para obtener la citada información.

En caso de que los familiares biológicos de una persona adoptada deseen saber de ella o localizarla, podrán solicitar que en el expediente de la persona adoptada se haga constar su interés y modo de contacto, para que en el futuro le sea comunicado si solicita la búsqueda de datos.

¹⁵⁵ JUR 2020,219107. En el mismo sentido, vid., la el auto de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.ª, de 27 de julio de 2019 (JUR 2019,262870).

¹⁵⁶ Roj. STSJ M 8999/2021; ECLI:ES:TSJM:2021:8999. Vid., asimismo, la sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 1.ª, de 18 de febrero y 26 de septiembre de 2016 (Roj. STSJ M 1252/2016; ECLI:ES:TSJMA:2016:1252; y, Roj. STSJ M 10140/2016; ECLI:ES:TSJMA:2016:10140).

¹⁵⁷ Vid., los Autos de la Audiencia Provincial de Salamanca, secc. 1.ª, de 9 de marzo de 2020 (JUR 2020,290341); y, de la Audiencia Provincial de Castellón, de 1 de junio de 2022 (JUR 2023,348962).

¹⁵⁸ LÓPEZ MAZA S. (2016). “Comentario al artículo 180 del Código Civil”. En: R. Bercovitz Rodríguez Cano (dir.), *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, Valencia. tirant lo Blanch, p. 694.

¹⁵⁹ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Civil, de 29 de junio de 2023 (RJ 2023,4191) En aplicación del principio de libre investigación de la paternidad, y pese al tenor del artículo 113.II CC, el artículo 180.4 del CC presupone que la constitución de la adopción no impide que después se determine la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado, pero establece que tal determinación “no afecta” a la adopción. Esto es lo que hace constar o aclara la sentencia dictada en el proceso de filiación cuando “deja constancia” de que la declaración que hace de que el niño es hijo del demandante tiene “meramente efectos declarativos”, es decir, que no hace nacer el vínculo jurídico de filiación; de modo que al demandante, padre biológico, ni se

le pudo tener por progenitor cuando se constituyó la adopción a efectos del artículo 177 del CC ni se le debe tener por progenitor después de la determinación de la filiación por naturaleza.

De ahí que en la sentencia dictada en el segundo procedimiento, que es la sentencia ahora recurrida, se descarte que el recurrente pueda solicitar la extinción de la adopción como consecuencia de los efectos de la cosa juzgada producida por la sentencia de filiación, confirmando así la sentencia de primera instancia que se limitó a apreciar la existencia de cosa juzgada sin entrar en los requisitos del artículo 180.2 del CC. Como acertadamente dice el fiscal en su informe, del examen conjunto de las dos sentencias dictadas por la Audiencia Provincial, la ahora recurrida y la de 29 de marzo de 2019 (JUR 2019,317855), se desprende claramente que la Audiencia ha considerado que lo dispuesto en el artículo 180.4 del CC (“la determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción”) impide que pueda ejercitarse la acción de extinción de la adopción del artículo 180.2 del CC, y que esa cuestión ya la resolvió la sentencia de filiación con efectos de cosa juzgada.

¹⁶⁰ RJ 2019,2043.

¹⁶¹ Vid., también las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Valladolid, Sala de Contencioso-administrativo, sección 1.ª, de 3 de junio de 2021 (Roj. STS CL 2758/2021; ECLI:ES:TSJCLA:2021:2758); y, de Oviedo, sección 1.ª, de 15 de julio de 2021 (Roj. STS 2458/2021; ECLI:ES:TSJAS:2021:2458).

¹⁶² Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso-administrativo de Santa Cruz de Tenerife, secc. 2.ª, de 19 de noviembre de 2021 (Roj. STSJ ICAN 4453/2021; ECLI:ES:TSJICAN:2021:4453).

¹⁶³ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de mayo de 2000 (RJ 2000,5089); y, de 15 de junio de 210 (RJ 2010,5151);

¹⁶⁴ LA LEY 216129/2024.

¹⁶⁵ Vid., la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Oviedo, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 1.ª, de 28 de diciembre de 2018 (Roj. STSJ AS 4105/2018; ECLI:ES:TSJAS:2018:4105) en este caso se constata que la Administración actuó guiada por un panorama indiciario de situación de riesgo y persiguiendo el interés del menor, pero ello no oculta que no podía perder de vista el interés de los familiares y ese mismo interés del menor que debe ser objeto de cuidadoso examen y verificación de los presupuestos precisos para disponer el desamparo. Esta actuación que, inicialmente se resumía lícita, en el uso de su valoración imparcial por la Administración, quedó totalmente desacreditada por las sentencias civiles firmes y quedando demostrado que el hecho determinante en que se asentaba el desamparo era incierto (la violencia física intrafamiliar) o más bien, no probado. De ahí, que pese al extenso margen de apreciación de las situaciones de riesgo por la Administración, en el presente y singular caso se desvió del cauce objetivo hacia conclusiones precipitadas y con ello desorbitadas, lo que nos sitúa ante un funcionamiento anormal del servicio público, aunque como se indicó, contribuyó a propiciar esta decisión errada la conducta paterna que, sin alcanzar la violencia física intrafamiliar, creo un escenario equívoco que sirvió de base y contribuyó a la administración a adoptar la decisión consecuente, aunque precipitada y desproporcionada, de declarar el desamparo del menor. Por todo lo expuesto, lo que ha de reconocerse es el derecho a una indemnización por daño moral ya que al fin y al cabo, está acreditado el sufrimiento, ansiedad, zozobra del padre y abuela, durante el episodio, marcado por la sorpresa familiar en que ciertas secuelas psicológicas se han probado; de igual modo, se considera probado que se ha menoscabado el derecho del niño a estar arropado con su familia, salvo que existan causas serias y fundadas; lo que ha provocado un innegable daño moral y vivencias del menor privado de contacto con su padre y abuela. Ese daño moral provocado en el menor y sus familiares inmediatos, se mueve en el plano subjetivo y su valoración resultad de difícil cuantificación. Sin

embargo, vistas las circunstancias y singularidades del caso, las vicisitudes y tensiones sufridas, el vía crucis familiar, la innegable lesión emocional a los tres implicado, la Sala considera razonable, adecuado y proporcionado indemnizar los daños morales exclusivamente a razón de 10.000 euros para el menor, 7.000 euros para la abuela y 5.000 euros para el padre.

¹⁶⁶ Vid., las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Sevilla, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 3.^a, de 23 de octubre de 2014 (Roj. STSJ AND 14987/2014; ECLI:ES:TSJAND:2014:14987) ante la actuación con alumnos con trastornos graves de conducta el centro necesidad de personal cualificado para su contención, necesita personal auxiliar con complejión fuerte. Se pide una reunión con la Consejería de Educación y Dirección General para consensuar las medidas adecuadas para el menor. Ciertamente, como entiende la Sala, no estamos ante un caso típico donde baraja una mera conducta improcedente de un menor o disidencias entre padre e hijos, que fuese intervenida por una medida desproporcionada de la administración en donde sería el caso de valorar una responsabilidad patrimonial por el indebido funcionamiento acorde con la jurisprudencia que maneja la demanda. Se insiste en que se está ante una situación excepcional en donde ha habido peligro para la integridad físicas de las personas, es explicable el proceder de la administración. Precisamente, para el Tribunal en estos supuestos, es para los que entendemos aplicable el artículo 142.4 de la Ley 30/1992, cuando dice que la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización; pues, cuanto más, cuando la resolución viene dictada por una jurisdicción que no se caracteriza por su especialidad a la hora de valorar las actuaciones que maneja la administración. En fin, por lo que respecta a la valoración del daño que alegan los reclamantes derivados de los sucesos acaecidos en el periodo que Balbino se encontraba tutelado por la DGPMF y que no concuerdan con la versión dada por las administración, tales como la denegación de permisos y vistas de los padres, supervisión en las vistas la falta de fiabilidad la expulsión de Balbino no puede encontrar otra encaje que en el más puro daño moral subjetivo que, por su inconcreción debe ser explicado en orden a algún patrón indemnizatorio. Pues bien, en este supuesto para esta Sala entiende que la administración obró basándose en razones de interés social e incluso de seguridad y orden público; no habiendo constancia de malos tratos o perjuicios que sean los puramente subjetivos y que no van más allá del mero desencuentro con la Institución que es legítimo, pero, igualmente, sostenible en contrario frente a la dificultad extrema provocada por la personalidad del menor; de Las Palmas de Gran Canaria, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 1.^a, de 29 de julio de 2016 (Roj. STSJ ICAN 2080/2016; ECI:ES:TSJICAN:2016:2080) el menor estaba bajo la custodia de la Administración que lo acogió por su situación de desamparo, pero no es directamente responsable del suicidio del menor, pues, se trata de una decisión voluntaria que puede pasar desapercibida para quienes le rodean. Tanto la Administración como los padres pusieron a disposición del menor los medios disponibles para atenderlo y educarlo. El resultado se produjo por la decisión espontánea del menor, que no podía evitarse ni preverse con los datos que se disponían en el momento en que se produjeron los hechos; de Barcelona, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 4.^a, de 4 de mayo de 2015 (Roj. STSJ CAT 4540/2015; ECLI:ES:TSJCAT:2015:4540) precisamente, la incapacidad de los padres y los posibles riesgos derivados de esa situación para el menor constituyen el fundamento y la justificación de la intervención administrativa y la adopción de las medias de protección en aras del interés superior del menor. Con ello queremos decir que el juicio sobre lo acertado o desacertado de luna decisión administrativa de tutela y protección de un menor en situación de desamparo no puede hacerse retrospectivamente, años después, cuando la situación de los padres a podido llegar a ser otra por razón de esa evolución personal favorable, sino que debe venir referido al tiempo de la adopción de dichas medidas tuitivas, atendidas las circunstancias concurren-

tes n ese momento.. por otra parte, como destaca la Sala, aunque la Administración intentó, en todo momento, buscar un acogimiento dentro del núcleo familiar y no fue posible. Todo ello, junto con otros motivos que resultan del expediente administrativo son razones suficientes para evidenciar que la Administración actuó dentro de la legalidad y de forma razonable y proporcionada; de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 10.ª, de 4 de diciembre de 2016 (Roj. STSJ M 12355/2016; ECLI:ES:TSJM: 2016:12355) la Ley, ante una situación de desamparo, como la aquí se presenta, otorga a la Administración la facultad de adoptar cuantas medidas sean necesarias para garantizar la protección del menor. El principal efecto de la declaración de desamparo es la asunción automática de la tutela por parte de la Administración y, por ende, la privación de la guarda y custodia a los padres o tutores y la suspensión de la patria potestad o tutela anterior, con la salvedad de aquellos actos patrimoniales beneficiosos para la menor. La Administración, en este caso, fue evolucionando en la adopción de las medidas de protección derivadas de las funciones tutelares que ostentaba en virtud de la declaración de desamparo. Esas medidas se encuentran amparadas en aquellos datos fácticos que se constataban en los múltiples informes existentes en el expediente administrativo y que son el sustento de las declaraciones de la Comunidad de Madrid. En este contexto, entiende la Sala que, la actuación administrativa no fue arbitraria, injusta o irrazonable y se ha desarrollado en cumplimiento de las obligaciones de protección de menores que la normativa le atribuye. Y eso es lo que este Tribunal estima que se deriva de lo actuado en esta instancia jurisdiccional y constatado en el expediente administrativo, acreditado en ambos que la actuación administrativa respecto de la constitución y mantenimiento de la tutela sobre el menor se ha desarrollado con observancia de las funciones asistenciales y protectoras del obligado cumplimiento en interés del menor; de Oviedo, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 1.ª, de 14 de junio de 2017 (Roj. STSJ AS 2080/2017; ECLI:ES:TS:TS-JAS:2017:2080) el juicio sobre lo acertado o desacertado de una decisión administrativa de tutela y protección de un menor en situación de desamparo no puede hacerse retrospectivamente, años después, cuando la situación de los padres ha podido llegar a ser otra por razón de una evolución personal favorable, sino que debe venir referido al tiempo de la adopción de dichas medida tuitivas, atendidas las circunstancias concurrentes en este momento y desde esta perspectiva es indudable que o progenitores, hoy reclamantes de responsabilidad administrativa, tenían razón de su propia situación, en modo alguno provocada por la Administración, el deber de soportar la pérdida de la custodia del hijo al no poder atenderlo mínimamente, en los términos señalado en la misma. Por todo ello y de acuerdo con los razonamientos expuesto procede la desestimación del recurso; de Santa Cruz de Tenerife, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 2.ª, de 19 de noviembre de 2021 (Roj. STSJ ICAN 4453/2021; ECLI:ES:TSJICAN:2021:4453) se declara que podría hacerse declarado la situación de riesgo, pues, la declaración de desamparo provisional (que ha de ser excepcional) parece desproporcionado en las circunstancias y en la forma en que se produjo. Por lo que, si que es imputable a la Administración demandada el deber de indemnizar al padre del daño causado por su actuación disconforme a Derecho al basarse en el diagnóstico de un trastorno mental por meras conjeturas cuya prueba plena era insoslayable mediante otras diligencias que debieron instruirse en el expediente administrativo para confirmarlo según se mantuviera o no en sus diagnósticos e informes los profesiones que habían tratado a los menores; de Valladolid, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 1.ª, de 18 de julio de 2023 (Roj. STSJ CL 3250/2023; ECLI:ES:TSJCLA:2023:3250) la medida acordada de declaración de desamparo no es irracional, arbitraria ni desproporcionada y se adoptó en función del interés superior de la menor; de modo que, no concurre el requisito exigido para declarar la responsabilidad patrimonial; que no tuviera el recurrente el deber jurídico de soportar el daño; y, de A Coruña, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 1.ª, de 29 de noviembre de 2023 (Roj. STSJ GAL 7956/2023;

ECLI:ES:TSJGAL:2023:7956) la acción de la Administración declarando la situación de desamparo de los menores se ajustó a la normativa de aplicación y, por sí sola, no causó directamente el perjuicio que la recurrente reclama que es, en definitiva, el daño moral por la pérdida de sus hijos biológicos al ser dados en adopción. Evidentemente, tratándose de menores la situación es mucho más dedicada y difícil, pero los menores, con independencia del resultado de los procedimientos judiciales y administrativos, siguen teniendo necesidades diarias que no admiten demora y en este caso, ha quedado acreditado que el recurrente, por diversas circunstancias, por imposibilidad laboral y de horario, no puede atender diariamente a esas necesidades parentales.

Por su parte, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Granada, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 1.ª, de 7 de julio de 2014 (Roj. STSJ AND 12967/2014; ECLI:ES:TSJAND:2014:12967) se concluye que los demandantes se vieron privados de la compañía y el cuidado de sus hijas menores de una manera injustificada, lo que sin duda ya de por sí es susceptible de causar un daño moral a cualquiera que tenga la condición de padre o madre, máxime cuando la actuación de éstos a lo largo de todo el procedimiento administrativo y judicial ha estado guiada por conseguir la vuelta da la compañía de sus hijas. Además, este daño moral sufrido por los actores es real y efectivo, y tiene una indudable relación causal con la actuación administrativa, que, se estima antijurídica por injustificada y desproporcionada. De forma que, para fijar la indemnización esta Sala pondera la duración de la separación y las circunstancias en que se produce y considera razonable determinar cómo cantidad adecuada para conseguir la reparación que se pretende la de 40.000 euros, comprensiva de todos los conceptos, incluidos intereses devengados hasta el dictado de esta sentencia; y, de 20 de junio de 2017 (Roj. STSJ AND 7923/2017; ECLI:ES:TSJAND:2017:7923) se entiende que la forma de proceder de la Administración no ha sido la correcta. No procedía la declaración de desamparo, pues, a pesar de los problemas habidos en el núcleo familiar, especialmente motivados por la adicción al alcohol del progenitor, no son de tal entidad como para justificar una medida tan drástica como es la separación de los menores de su familia máxime teniendo en cuenta que la madre no se encuentra aquejada por este problema. Si bien, no se puede atender la pretensión resarcitoria solicitada por el actor de 200.000 euros, a todas las luces, desmesurada e injustificada. Por el contrario, teniendo en cuenta que, la separación se produjo entre los progenitores y los hijos menores se prolongó en el tiempo un poco más de seis meses, la Sala considera justa y ponderada, como indemnización, la cantidad de 20.000 euros para todos los perjudicados.

¹⁶⁷ Vid., las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Oviedo, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 1.ª, de 15 de julio de 2021 (Roj STSSJ AS 2458/2021; ECLI:ES:TSJAS:2021:2458) afirma que la potestad tutelar de la Administración en este ámbito le permite adoptar medidas cautelares provisionales o de acogimiento del menor, atendiendo a la ponderación de intereses en juego, y según el contexto concreto de actuaciones procesales concurrentes en el caso, teniendo en cuenta que el interés del menor es preferente sobre el de la familia. No estamos, por tanto, ni ante una potestad estrictamente reglada, ni tampoco abiertamente discrecional sino ante una potestad que puede y debe ejercerse bajo la perspectiva del interés del menor, observando elementales administrativas sobre posible situación de desamparo del menor, cuando median actuaciones judiciales penales frente a un progenitor, imputarse automáticamente responsabilidad a la Administración tanto si asume la tutela pública como si no asume la tutela pública, ya que el instituto de la responsabilidad se asienta por hacer lo que no debe o por no hacer lo que se debe, pero nunca en ambos casos frente a una misma situación. En el presente supuesto, lo razonado, bajo la perspectiva de la responsabilidad administrativa del Principado de Asturias, cabe concluir que la actuación de la administración demandada ha sido razonable, fundada y dentro de los márgenes de apreciación impuestos por las singularidades del caso, partiendo de elementos de diagnósticos emitidos por profesionales sanitarias y de las decisiones judiciales que se fueron dic-

tando; y, de Sevilla, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 1.ª, de 11 de diciembre de 2023 (Roj. STSJ AND 17882/2023; ECLI:ES:TSJAND:2023:17882) se afirma que la Administración cuando adoptó la medida cautelar de retirada del derecho de visitas, lo hizo con fundamento de los informes, no desvirtuados, que aconsejaban las medidas; y que cuando la justicia ordeno la reanudación de las visitas, la administración acató, como es obligado, esa decisión. En una situación tan compleja como la que revelan los propios actores, y que se deduce del expediente administrativo, pretender el acierto siempre y, en todo caso de la actuación de la administración es un desiderátum. Mas la revocación por el juzgado de un acto administrativo, al no considerarse que se actuara conforma a derecho, no puede generar, sin más responsabilidad administrativa (artículo 32.1 de la Ley 40/2015). Concluir lo contrario, dice el citado Tribunal, supondría la automática condena de la Administración cada vez que los juzgados y tribunales se pronuncia en contra de la misma. Y eso, como hemos visto, no tiene base legal, i es conforma con la jurisprudencia que considera que daño para ser indemnizado, ha de ser antijurídico y ello no puede predicarse de las consecuencias de la anulación de cualquier acto administrativo.

¹⁶⁸ Vid., las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Albacete, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 1.ª, de 16 de abril de 2018 (Roj. STSJ CLM 1083/2018; ECLI:ES:TSJCLM:2018:1083) resulta pertinente traer a colación la sentencia del TSJ de Cataluña, n.º 052/2011, de 5 de octubre, que enjuicia un caso similar al presente de la muerte de una menor de 17 años, ingresada en un centro de acogida en régimen abierta, a quien se autorizó la salida para efectuar unas compras y aprovechó esa salida para no regresar al centro e ingerir drogas de manera voluntaria facilitadas por un tercero que a a postre e causaron la muerte por exceso, entendiendo que esa autorización no supuso incumplimiento de las obligaciones de tutela ni infringió la normativa vigente, no siendo, pues, la causa de la muerte de la menor. En la mencionada sentencia se concluye que el comportamiento de la joven fue el determinante y eficiente del daño sufrido por lo que resulta inexistente el pretendido nexo causal entre el acto de autorización de la Administración de salida del centro de acogimiento y el lamentable fatal desenlace ocurrido. En recurso debe ser desestimado; de Barcelona, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 4.ª, de 30 de junio de 2022 (Roj, STSL CAT 7301/2022; ECLI:ES:TSJCAT:2022:7301) debe concluirse que faltando los requisitos esenciales de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en los términos expuestos, esto es, los de la existencia y la realidad de un daño cierto o efectivo y antijurídico, así como el nexo causal entre ese daño reclamado y el funcionamiento del servicio público consistente en la actuación de la Direcció General d'Atenció a la Infància i l'Adolescència por la que se declara el desamparo del menor y se acuerda su ingreso y la estancia en centro residencial de acción educativa de titularidad de aquélla; lo que, determinada desestimar el recurso interpuesto; y, de Barcelona, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 4.ª, de 14 de octubre de 2022 (Roj. STSJ CAT 10439/2022; ECLI:ES:TSJCAT:2022:10439) se adoptaron medidas de proyección de las menores tanto en la vía civil-administrativa que consisten legalmente en el ingreso de los menores en situación de desamparo en un centro de acogida; como en vía penal adoptando medidas cautelares de alejamiento que se mantuvieron durante el proceso penal llevado a cabo y que no han sido cuestionadas en este proceso. En conclusión, la Administración ha actuado en todo momento siguiendo la normativa legal y con la finalidad de evitar daños mayores a las hijas de y una familia que se encontraban totalmente indefensas y con la posibilidad que se les impusieran de forma coercitiva medidas infractoras de los derechos constitucionales de igualdad, de no discriminación por razón del sexo, a la libertad personal... la conclusión debe ser, pues, que la Administración obró en todo momento en interés de las menores con lo cual hay que excluir de forma tajante la posibilidad de una existencia de responsabilidad patrimonial de la misma.

¹⁶⁹ Vid., las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Zaragoza, secc. 3.^a, de 30 de enero de 2020 (Roj, STSJ AR 327/2020; ECLI:ES:TSJAR:2020:327) procede la desestimación de la demanda, pues, no se ha producido un funcionamiento anormal-alegado por la demandante de los servicios públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, competente en materia de protección de menores, pues, ante una denuncia que, en principio, se consideró verosímil, la administración actuó conforme a sus competencias y adoptó medidas cautelares establecidas en la legislación de protección de la infancia y adolescencia, contemplando como bien jurídico más relevante el del interés superior del menor. El daño producido, de carácter moral por la separación forzada de su hijo, no es antijurídica y, por tanto, no se integra en los presupuestos necesarios para que proceda la responsabilidad patrimonial pretendida, pues, se trata de un perjuicio respecto del cual existe una obligación jurídica de soportarlo. Los restantes perjuicios económicos a que se refiere la demanda no ha quedado acreditados en autos; de Barcelona, sección 4.^a, de 28 de febrero de 2020 (Roj, STSJ CAT 2024/2020; ECLI:ES:TSJCAT:2020:2024) no procede indemnización por la correcta actuación de la administración ante una declaración de desamparo y porteros acogimiento familiar en familia extensa; de Valladolid, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 1.^a, de 3 de junio de 2021 (Roj, STSJ CL 2758/2021; ECLI:ES:TSJ-CL:2021:2758) la medida de protección propuesta por la Administración fue la de acogimiento familiar simple y tras la tramitación oportuna (con informe favorable del Ministerio Fiscal y oposición de la actora), el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de León desestimó la oposición y confirmó la medida de protección en la sentencia de 5 de febrero de 2009 (que fue confirmada también por la Audiencia Provincial en la sentencia de 30 de diciembre de 2009). En consecuencia, las medidas de protección no se basaron en la denuncia que dio lugar al procedimiento penal, sino en una determinada situación familiar que se entendió que resultaba perjudicial para la menor, situación de desamparo y, medida de protección (acogimiento simple con familia extensa) que fueron ratificadas por un órgano judicial (con informe favorable del Ministerio Fiscal), por lo que no puede considerarse que D.^a Encarna haya sufrido un daño antijurídico. Ciertamente, la situación de desamparo que apreció la Administración, respaldada judicialmente, va más allá de la denuncia penal, de modo que la absolción, basada en una falta de acreditación del elemento subjetivo del delito y no en la inexistencia del hecho, no impide que se mantengan las medidas de protección, si pese a esa absolción, existen motivo para ello. A esto añade que, la obligación positiva de toma de medidas con el fin de facilitar el reagrupamiento de la familiar, tan pronto sea realmente posible, se le impone a las Autoridades competentes desde el principio en que se hace cargo y cada vez con más fuerza, pero siempre se debe contrapesar con el deber de considerar el interés superior del niño. Por lo que, la declaración de desamparo se acordó en interés del menor, circunstancia ésta que desde luego permite la adopción de una medida de protección que no resulta contraria al artículo 8 del Convenio Europeo; de 28 de junio de 2024 (JUR 2024,376904) el niño estuvo residiendo en el hogar de la Asociación Navarra y cuidado; no siendo previsiones el intento de suicidio por parte del menor, ya que habían transcurrido 3 años desde la precipitación de 2017, sin que esté claro que fuera un verdadero intento de suicidio a la vistas de las declaraciones del niño en el hospital, sin ningún intento autolítico posterior, el niño no manifestó ni en los días previos, ni en el día 26 de mayo de 2020 (fecha el suicidio) señales que pueden poner en alerta a sus cuidadoras sobre una ideación suicida que pudiera llevar a cabo de manera inmediata. No tenía a su alcance elementos peligrosos sin supervisión, el cinturón de un albornoz empleado por el niño no es en sí mismo un elemento peligroso, como pudieran otras elementos como productos químicos o elementos cortantes, por ejemplo. Respecto a la ocasión, el menor tenía un compañero de habitación y, sin embargo, aprovechó un momento muy determinado antes de dormir en el que se encontraba solo. Todos estos elementos permiten concluir que la actuación

del menor fue imprevisible y nos e aprecia una falta de cuidado y de atención hacia el niño, en orden a evitar un acto autolítico imprevisible por su parte. Así pues, la Sala habiendo analizado nuevamente la prueba obrante en el procedimiento, no aprecia el error de la valoración de la prueba realizada por el juez a quo, no infringe las reglas de la carga de la prueba, ni la valoración de la misma. Por todo lo expuesto, debe desestimarse el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, confirmado íntegramente la sentencia apelada que no ve responsabilidad en la Administración actuante.

¹⁷⁰ Vid., la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Granada, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 1.ª, de 21 de diciembre de 2016 (Roj. STSJ AND 11337/2016; ELIC:ES:TJAND:2016:11337) la cuestión a dilucidar en este punto, si puede imputarse a una actitud obstruccionista o negligente de la Administración autonómica la falta de cumplimiento de ese régimen de visitas acordado de la abuela y hasta la declaración de desamparo, tutora, en la sentencia de la Audiencia Provincial que finalmente fue suprimido al aconsejarlo así el diagnóstico de un síndrome o trastorno severo del desarrollo de, menor y la falta de interés del mismo de mantener contacto con sus abuelos. Pues bien, tampoco en este extremo esta Sala considera le asista razón al demandante, ya que revisado el expediente, no puede sino colegirse que la Administración actuó en todo momento no bajo una actitud pasiva dirigida a que el transcurso del tiempo hiciera irreversible la situación, sino movida por un claro interés de proteger los intereses del menor. Por lo que, el hecho que se suspendieran el régimen de visitas es porque está siendo tratada de su trastorno de Asperger con resultados satisfactorios con gran cooperación de la familia acogedora, en el fuerte vínculo paterno-filial establecido entre el niño y los padres preadoptivos, en la falta de interés del menor en tener contacto con su familia biológica e incluso, el temor de que ello pudiera romper el vínculo con la de acogida, en la necesidad de garantizar una estabilidad y en que no se cumplen las condiciones idóneas para llevar a cabo unos contactos sin poner en riesgo la buena marcha y el desarrollo del niño. Motivos por los que la Sala concluye que no concurren los presupuestos mínimos necesarios para la generación de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración.

¹⁷¹ Vid., la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Burgos, Sala de lo Contencioso-administrativo, secc. 2.ª, de 20 de julio de 2018 (Roj. STSJ CL 2988/2018; ECLI:ES:TJSC-CL;2018:2988) la actividad desarrollada por el ECAI en el proceso de adopción, no puede calificarse en modo alguno de negligencia irresponsable o carente de cuidado, como sostienen los recurrentes, por cuanto ha cumplido diligentemente las obligaciones estipuladas en el contrato de mediación, ha recabado cuánta información veraz y objetiva de la menor era necesaria la aprobación de todos los datos médicos disponibles sobre la menor, quienes lo aceptaron expresamente. El representante del ECAI estuvo presente en la recogida de la menor, les acompañó en la realización de las pruebas médicas exigidas, y les recomendó la realización de pruebas complementarias indicadas en el hospital, a la que se regaron los recurrentes, por lo que nada puede imputarse tampoco a dicha Entidad Colaboradora para la adopción internacional. No cabe cuestionarse ahora, si la realización de tales pruebas, complementarias en un Centro Médico especializado en Vietnam, hubiesen permitido diagnosticar la enfermedad padecida por la menor, pues lo relevante es que los actores se negaron reiteradamente a la realización de las mismas, por la que desde esta perspectiva el daño o perjuicio ulteriormente sufrido, no puede calificarse como antijurídico.

En consecuencia con lo que hasta ahora expuesto, coincidimos con la resolución impugnada, en considerar que no hubo incumplimiento de las obligaciones de información y control que legalmente corresponden a la Entidad Pública en el proceso de adopción internacional por lo que no concurren los requisitos precisos para la prosperidad de la acción ejercitada, en los términos en que se ha planteado en la demanda, por lo que procedente será desestimar el recurso interpuesto.

1.3. Derechos reales

El acuerdo de prohibición de los arrendamientos turísticos en la propiedad horizontal a través de la jurisprudencia *

The prohibition of tourist rentals in condominiums through jurisprudence

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

*Profesora Titular (acreditada) de Derecho civil
Universidad Francisco de Vitoria.*

RESUMEN: Los arrendamientos turísticos en pisos de un edificio sometido a propiedad horizontal han sido continua fuente de conflicto desde su aprobación como arrendamientos especiales que se excluyen del ámbito de la LAU (art. 5.e)). Las molestias que este tipo de arrendamiento genera a los vecinos copropietarios que residen en el edificio ha hecho que, desde su inicio, se busquen fórmulas para limitar o prohibir dichos arrendamientos en la propiedad horizontal. El acuerdo de la Junta de los propietarios prohibiendo los arrendamientos turísticos ha generado discusión doctrinal y jurisprudencial, provocando incluso un cambio legislativo que, no obstante, no era de interpretación unívoca. La jurisprudencia del TS ha ido señalando cómo deben interpretarse la ley y los acuerdos limitativos en tal sentido. Por eso, en este trabajo, se va a analizar la doctrina jurisprudencial sobre la interpretación que debe hacerse del art. 17.12 LPH, que recoge la posibilidad de limitar, mediante acuerdo de la Junta, dichos arrendamientos. Se va a analizar la posibilidad de limitar o prohibir *ex novo* y expresamente los arrendamientos

* Este trabajo es fruto del proyecto de investigación: “Retos jurídicos del acceso a la vivienda en España” en la Convocatoria de Ayudas a Proyectos de Investigación 2025, Universidad Francisco de Vitoria, IP: María Goñi Rodríguez de Almeida, 2025-2026. Está también vinculado al proyecto: “La protección jurídica de la vivienda habitual: un enfoque global y multidisciplinar” (REF: PID2021-124953NB-I00), dirigido por Matilde Cuenca Casas, financiado en el programa “Proyectos de Generación de Conocimiento”, en el marco del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023.

turísticos en una comunidad horizontal, teniendo en cuenta la interpretación final que han hecho las recientes sentencias del Tribunal Supremo de 3 octubre 2024, acogiendo la tesis de la posible prohibición acordada por mayoría de 3/5, en vez de la unanimidad requerida para la modificación de estatutos.

ABSTRACT: Tourist rentals in apartments within buildings governed by condominium ownership have been a continual source of conflict since they were classified as special leases outside the scope of the Urban Leases Law (LAU) (Art. 5). The disturbances that this type of rental arrangement causes for resident co-owners have led, since its inception, to efforts to limit or prohibit such rentals within condominium properties. The decision by the Homeowners' Association to ban tourist rentals has sparked doctrinal and jurisprudential debate, even leading to legislative changes that, however, have not been subject to a uniform interpretation. The Supreme Court's jurisprudence has progressively clarified how the law and prohibitive resolutions on this issue should be interpreted. Therefore, this work will analyze the judicial doctrine regarding the interpretation of Art. 17 of the Horizontal Property Law (LPH), which outlines the possibility of banning such rentals through an Association resolution. This analysis considers the recent sentences October 3, 2024 Supreme Court ruling, which endorses the position that such prohibitions may be validly adopted by agreement.

PALABRAS CLAVE: Arrendamientos turísticos, estatutos de propiedad horizontal, prohibición, acuerdos por mayorías, junta de propietarios.

KEYWORDS: *Tourist rentals, horizontal property statutes, prohibition, majority agreements, owners' meeting, tourist activity.*

SUMARIO: I. ARRENDAMIENTO TURÍSTICO Y PROPIEDAD HORIZONTAL.—II. PROHIBICIÓN DE ESTABLECER UN ARRENDAMIENTO TURÍSTICO EN PROPIEDAD HORIZONTAL. II.1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: ACUERDOS ESTATUTARIOS PREVIOS Y GENERALES DE PROHIBICIÓN DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS Y ACUERDOS EX NOVO DE PROHIBICIÓN DE ACTIVIDAD TURÍSTICA. II.2. LIMITACIÓN DE LOS ARRENDAMIENTOS TURÍSTICOS EN PROPIEDAD HORIZONTAL: MARCO NORMATIVO. II.3. VALIDEZ DEL ACUERDO DE PROHIBICIÓN DE LOS ARRENDAMIENTOS TURÍSTICOS: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE SUS REQUISITOS Y FUNDAMENTO. II.4. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS SSTS 3 OCTUBRE 2024.—III. CONCLUSIONES.—IV. RESOLUCIONES CITADAS.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. ARRENDAMIENTO TURÍSTICO Y PROPIEDAD HORIZONTAL

La propiedad horizontal es un tipo especial de propiedad establecida en edificios, en la que concurren un derecho de propiedad privada exclusiva sobre los elementos privativos y un derecho de copropiedad en los comunes. La comunidad y las relaciones entre los copropietarios generan conflictos en su organización y gestión, debiendo aunarse intereses particulares y colectivos. Los estatutos son la principal fuente dispositiva que regula el funcionamiento y organización de un edificio en propiedad horizontal (art. 5 LPH). Es cierto que estos estatutos no pueden contravenir los preceptos imperativos de la Ley de Propiedad Horizontal (LPH), pero será la autonomía de la voluntad de los comuneros plasmada en el título constitutivo, con

la incorporación de los estatutos, la que regirá de forma principal el funcionamiento de una propiedad horizontal. En consecuencia, cada edificio en comunidad se rige por lo dispuesto en sus estatutos y a ellos debe ceñirse en primer lugar, siempre que no contradigan lo dispuesto en los preceptos imperativos de la Ley.

El contenido de los estatutos es amplio, pero una de las cuestiones que puede plasmarse en ellos es, precisamente, el uso o destino al que se dedican cada uno de los elementos privativos que componen la propiedad horizontal, o bien, la prohibición de destinar a un uso concreto aquellos (vrg. a actividades comerciales, o de hostelería). Cuando el piso o elemento privativo está expresamente adscrito a un uso determinado, debe ser respetado por el propietario de cada elemento privativo, y no puede, *a priori*, destinarlo a un uso diferente del señalado en aquellos. Pero, si el uso es una mera referencia, sin que exista propiamente una adscripción a un uso concreto, el propietario puede cambiarlo, pues la modificación de destino entra dentro de sus facultades dominicales, como explicamos a continuación.

En efecto, no puede olvidarse, como reiteradamente ha señalado nuestro Alto Tribunal, que el propietario tiene entre las facultades dominicales, la de destinación y libre aprovechamiento del bien del que es propietario. Se trata de facultades propias del dominio, que componen su esencia y que no pueden limitarse o restringirse sin más; pues se estaría contraviniendo el propio concepto y contenido natural del derecho de propiedad. Un propietario puede destinar su propiedad privada al uso que considere. Por eso, el Tribunal Supremo ha insistido de forma reiterada en la interpretación restrictiva de la limitación de esas facultades de destinación y aprovechamiento. Baste ver, en este sentido, las sentencias que afirman que las meras indicaciones sobre el destino típico de los elementos integrantes de un edificio (vivienda, garaje, trastero, local comercial, oficina) que se haya hecho en la escritura de división horizontal, no vincula los futuros usos que los propietarios quieran darles, pues las limitaciones del derecho de propiedad deben interpretarse de forma restrictiva (SSTS de 21 de diciembre de 1993; 20 de septiembre de 2010; 10 de octubre de 2007, 20 de octubre de 2008; 27 de noviembre de 2008, 9 octubre 2013; RRDGRN de 20 de febrero de 1989; 23 de marzo de 1998; 26 de enero de 2002.)¹

Por otra parte, si los estatutos que recogen determinado uso están inscritos en el folio registral de la finca, son oponibles a terceros y no pueden ser desconocidos por futuros adquirentes de algún piso en propiedad horizontal². Si se quiere realizar un cambio en los estatutos de la comunidad, que afecte al título constitutivo, se necesitará unanimidad de todos los comuneros para llevarlo a cabo, salvo determinadas excepciones, y tal cambio, también, deberá ser inscrito en el Registro de la Propiedad para su oponibilidad *erga omnes*.

Por lo tanto, en principio, el uso o destino al que se dedique un piso en propiedad horizontal solo puede verse constreñido cuando se haya configurado expresamente una determinada adscripción a un uso concreto en el título constitutivo y si esta adscripción está inscrita afectará también a los terceros. Pero, si no se trata de verdadera adscripción a un uso determinado, el propietario, dentro de su facultad de destinación y libre aprovechamiento, puede dedicar su piso a lo que considere.

Cuestión distinta es si existe una prohibición concreta de realizar determinada actividad o uso en un edificio de propiedad horizontal, que esté recogida en los estatutos (y por tanto en el título constitutivo). En este caso, la prohibición expresa que han querido darse los comuneros debe respetarse y afecta a los adquirentes

de futuros pisos o locales, siempre que conste inscrita en el Registro o sea conocida por aquellos. Si existe prohibición expresa es, precisamente, porque se quiere impedir el libre ejercicio de la facultad de destinación y libre aprovechamiento del propietario que como tal tiene.

Esta limitación dominical solo procederá cuando sea expresa, conocida y mayoritariamente aceptada por los comuneros que integran la propiedad horizontal. No cabe otra interpretación más que la restrictiva cuando se trata de limitar derechos. En este sentido, la STS 3 diciembre 2014 afirma que “se reitera como doctrina jurisprudencial que las limitaciones o prohibiciones referidas a la alteración del uso de un inmueble en el ámbito de la propiedad privada exige, para que sean eficaces, que consten de manera expresa. Por lo demás, a fin de tener eficacia frente a terceros deben estar inscritas en el Registro de la Propiedad”.

El fundamento de la prohibición de un uso concreto en un edificio de propiedad horizontal, que cercena el derecho de propiedad privada, solo puede encontrarse en el hecho de que el derecho de propiedad no es absoluto, admite limitaciones: las derivadas de las relaciones de vecindad en las que en este caso concreto se trata³ (no podrá destinarse un piso a un uso que moleste, perturbe al resto de comuneros si así lo deciden), y en la función social de la propiedad, contenido esencial de este derecho que cede ante un interés general superior.

Pues bien, corresponde ahora que pongamos estas premisas en relación con los arrendamientos turísticos en edificios de propiedad horizontal.

En primer lugar, debemos plantearnos si, de forma general, puede destinarse un piso a vivienda turística. La respuesta inicial es que sí, siempre que se cumplan con los requisitos que la ley establece para ello, teniendo en cuenta la libertad de destinación de un propietario y los requisitos administrativos para ello. Esto es así porque están admitidos en nuestro ordenamiento: La Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU) recoge estos arrendamientos, pero, precisamente, para eliminarlos de su ámbito. Se trata de arrendamientos que se dedican a una actividad concreta, turística, no residencial, que se regulan por la ley sectorial correspondiente (turística). Se introduce en la LAU un nuevo apartado al art. 5, el art. 5.e LAU⁴, por la reforma de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de fomento y flexibilización del alquiler, donde se describe este tipo de arrendamiento breve, de una vivienda entera equipada y amueblada, comercializada por canales de oferta turística.

A partir de ahí, prácticamente todas las CCAA en virtud de su competencia exclusiva sobre el turismo los han regulado en sus respectivas leyes; estableciendo diferentes requisitos para cada uno de ellos según la comunidad en la que se instalen⁵.

Por lo tanto, estos arrendamientos turísticos son una realidad, y han proliferado muchísimo por las ventajas económicas y la libertad que ofrecen a sus propietarios, al no estar sometidas a los estrictos requisitos de la LAU para los arrendamientos de vivienda; los propietarios están detrayendo del mercado del alquiler residencial sus pisos para pasarlos al arrendamiento turístico. De hecho, las viviendas turísticas y vacacionales representan ya un 10% del mercado total⁶, y España se sitúa en segundo lugar, por detrás de Francia, como país con mayor número de viviendas turísticas en la Unión Europea⁷.

Pero, además, tienen una cobertura y legal y jurídica indubitada, perfectamente regulados en nuestro país por las CCAA e incluso por los ayuntamientos, lo que, sin duda ofrece un panorama de dispersión normativa importante.

La Unión Europea, sin embargo, se ha dado un plazo de dos años para establecer un registro único que supervise las plataformas turísticas que se ocupan del alquiler turístico, lo que facilitará en gran medida una armonización también dentro de España⁸. Por otra parte, y a pesar del crecimiento de este tipo de arrendamientos, o precisamente por ello, estamos viviendo un momento de restricción y mayor control de estas viviendas, llegando incluso varias CCAA a denegar la concesión de más viviendas turísticas en sus territorios (o determinados municipios). En este sentido, ya lo ha limitado Cataluña, y Madrid⁹ está preparando una modificación a su ley de viviendas turísticas con la misma finalidad restrictiva.

A pesar de todo ello, hoy por hoy, los arrendamientos turísticos están permitidos, regulados y pueden establecerse en pisos en propiedad horizontal con los requisitos que cada administración establezca; salvo que se prohíban por la propia comunidad horizontal.

La prohibición de destinar un piso —elemento privativo— a alquiler vacacional o turístico cuando se encuentra en un edificio de propiedad horizontal, ha generado muchas cuestiones jurídicas, jurisprudencia dispar, e interrogantes que vamos a tratar de analizar en las siguientes líneas, a la luz de la doctrina jurisprudencial más reciente que pone fin a parte de la polémica suscitada.

¿Es posible prohibir el uso de vivienda turística en un edificio en propiedad horizontal, ¿o por el contrario solo puede limitarse...? ¿Cómo debe hacerse y con qué mayorías? ¿Afecta retroactivamente el acuerdo de prohibición a arrendamientos ya existentes? ¿Debe prevalecer la facultad de destino y libre aprovechamiento sobre los intereses de la comunidad?

Analizamos a continuación estas cuestiones.

II. PROHIBICIÓN DE ESTABLECER UN ARRENDAMIENTO TURÍSTICO EN PROPIEDAD HORIZONTAL

II.1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: ACUERDOS ESTATUTARIOS PREVIOS Y GENERALES DE PROHIBICIÓN DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS Y ACUERDOS *EX NOVO* DE PROHIBICIÓN DE ACTIVIDAD TURÍSTICA

La prohibición de establecer un arrendamiento turístico en la propiedad horizontal ha tomado fuerza en los últimos años, en los que, gracias a la economía de las plataformas, ha proliferado este tipo de arrendamiento de corta duración, gran rotación, y mayor rentabilidad para el propietario.

Si para el propietario es un buen negocio, para el resto de copropietarios que conviven con los turistas ha sido una fuente de continuos conflictos por los ruidos, molestias, suciedad, abuso de uso de elementos comunes, e inseguridad que ha generado entre ellos.

Al ser una actividad de reciente incorporación, la mayoría de los estatutos de nuestras comunidades horizontales no los recoge ni los prohíbe originariamente de forma expresa; luego, con la libertad de destino que tiene el propietario se han “instalado” en muchísimas comunidades de propietarios.

Dos son las situaciones que pueden darse en una propiedad horizontal en relación con estos arrendamientos y sus estatutos:

- a) La posibilidad de que les alcance una prohibición estatutaria previa, más genérica, haciendo una interpretación extensiva de dicha prohibición a los arrendamientos de vivienda uso turístico (VTU), que impida su ejercicio en una comunidad determinada. Por ejemplo, el caso en que los estatutos de una comunidad prohíben que los pisos se destinen al ejercicio de una actividad económica. ¿Alcanza esta previa prohibición general al establecimiento de un arrendamiento turístico? La reciente jurisprudencia del TS ha resuelto la confusa y contradictoria jurisprudencia menor al respecto, considerando que el arrendamiento turístico es una actividad económica, se equipara a ellas y, por tanto, le alcanza la prohibición estatutaria prevista en esos términos generales. Así lo ha establecido de forma clara en las SSTs de 27 y 29 noviembre 2023¹⁰ y ha reiterado en las sentencias de 24, 29 y 30 enero 2024¹¹. Esta última da incluso un paso más allá, confirmado esta tesis, ya que directamente entiende que la prohibición estatutaria de dedicar un piso a hospedería es aplicable a los pisos turísticos; el arrendamiento turístico es, equivale, a una actividad de hospedería. Las recientes sentencias de 3 octubre de 2024, que analizaremos a continuación, confirman esta doctrina y resumen de forma clara la misma: “En esas sentencias, resumidamente, consideramos que tanto la legislación administrativa estatal, como la autonómica y municipal, califican como actividad económica la de alquiler de las viviendas que se ofrezcan o comercialicen como alojamiento por motivos turísticos o vacacionales, y que son cedidas temporalmente por la persona propietaria, explotadora o gestora y comercializadas directamente por ella misma o indirectamente, a terceros, de forma reiterada o habitual y a cambio de contraprestación económica. Y ello permite concluir que el alquiler de viviendas para uso turístico puede considerarse incluido en una prohibición estatutaria que impida el ejercicio de actividades económicas en los pisos o viviendas, en el sentido de tratarse de actividades que implican usos distintos del de vivienda y en los que concurre un componente comercial, profesional o empresarial. Prohibición estatutaria que en tales sentencias consideramos lícita, en los términos que expondremos a continuación.”
- b) Cuestión distinta, aunque relacionada con esta, es la posibilidad de limitar o prohibir *ex novo* y expresamente —ahora sí—, los arrendamientos turísticos en una comunidad horizontal, con independencia de anteriores restricciones generales estatutarias. Lo analizamos a continuación, pues este es el objeto específico de este trabajo.

II.2. LIMITACIÓN DE LOS ARRENDAMIENTOS TURÍSTICOS EN PROPIEDAD HORIZONTAL: MARCO NORMATIVO

Como hemos dicho, es difícil que unos estatutos de propiedad horizontal contemplen la prohibición expresa de destinar los pisos a arrendamiento turís-

tico, por su novedad. Pero, es probable que, ante las molestias enumeradas, se planteen las comunidades horizontales prohibir que en sus edificios se instalen viviendas turísticas a pesar de estar amparadas por la ley y ser una manifestación del ejercicio de libre aprovechamiento de su propietario. ¿Pueden prohibirse de forma expresa, y *a posteriori* estas actividades? ¿Cómo debe ser el acuerdo para adoptar esa prohibición?

La LPH modificada por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo¹², introdujo la posibilidad de que la Junta de propietarios (órgano de gobierno de una propiedad horizontal) adoptara un nuevo acuerdo para limitar los arrendamientos turísticos, aprobado a través de una mayoría de 3/5 partes de los propietarios. En concreto, el nuevo art. 17. 12 LPH establece que “El acuerdo por el que se limite o condicione el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los términos establecidos en la normativa sectorial turística, suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirá el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación. Asimismo, esta misma mayoría se requerirá para el acuerdo por el que se establezcan cuotas especiales de gastos o un incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda donde se realice dicha actividad, siempre que estas modificaciones no supongan un incremento superior al 20%. Estos acuerdos no tendrán efectos retroactivos.”

La nueva mayoría establecida para tomar este acuerdo supone una novedad importante respecto a la legislación anterior. La limitación de las viviendas turísticas en una comunidad horizontal, que afecta al uso o destino de los elementos privativos del edificio, en principio, por suponer un cambio o modificación del título constitutivo requería la unanimidad de todos los propietarios, según establecía el anterior art. 17 LPH. Al requerirse la unanimidad de todos para limitar o impedir el uso como vivienda turística, era prácticamente imposible que ese acuerdo progresara, ya que el propietario que quería destinar su vivienda a un uso turístico se negaría y, por tanto, ejercería un derecho de veto a dicho acuerdo, abocado al fracaso. La mayoría de 3/5 supuso un alivio para el resto de copropietarios que vieron cómo, por fin, se podían limitar esos arrendamientos en sus comunidades.

Se rebajan las mayorías anteriores con el fin de poder limitar este tipo de arrendamientos. Por tanto, sí caben estos arrendamientos, y sí cabe su limitación con mayoría de 3/5 de los propietarios.

II.3. VALIDEZ DEL ACUERDO DE PROHIBICIÓN DE LOS ARRENDAMIENTOS TURÍSTICOS: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE SUS REQUISITOS Y FUNDAMENTO

La primera cuestión que debemos abordar es si cabe, y es válido, el acuerdo por el que se prohíbe de forma expresa realizar en los pisos de una propiedad horizontal la actividad turística conforme a la ley vigente y una mayoría de 3/5 partes (art. 17.12 LPH). Y si no cupiera dicha prohibición con base en ese precepto legal, cuál sería, en su caso, la mayoría necesaria para adoptar dicho acuerdo. El análisis que se hace de esta cuestión es anterior a la última reforma de la LPH por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del

Servicio Público de Justicia, que entrará en vigor el 3 abril 2025, y que no existía al tiempo de escribirse este trabajo. Esta ley añade un nuevo párrafo al art. 7 LPH, estableciendo la obligación para el propietario de pedir autorización expresa a la Junta de propietarios para establecer un arrendamiento turístico, y modifica el art. 17.12 LPH, de forma que, ahora, contempla expresamente que pueda prohibirse esta actividad por acuerdo de la Junta por la doble mayoría de 3/5 partes de propietarios y cuotas. Cuestión que con la redacción en vigor en el momento de redactar este trabajo no era clara, y es precisamente, la que analizamos aquí. Como ya hemos dicho, este trabajo se realizó antes de esta modificación legal y, por lo tanto, se refiere a la jurisprudencia anterior que allanó el cambio legislativo que luego se ha producido.

Esta cuestión ha suscitado cierta controversia doctrinal y, posteriormente, jurisprudencial. Las posturas enfrentadas, teniendo en cuenta que esta prohibición supone una limitación de las facultades del propietario que, en teoría, deberían restringirse mínimamente, y ser, su prohibición, objeto de interpretación restrictiva, han sido las siguientes:

Por una parte, quienes consideran que el art. 17.12 LPH no permite prohibir dicha actividad turística, sino solo “limitarla”¹³; es decir, se pueden establecer condiciones, o limitaciones a estas actividades, pero no cabe prohibirlas mediante un acuerdo aprobado por 3/5 partes¹⁴.

Las razones para entenderlo así son: en primer lugar, una interpretación literal de la norma. El art. 17.2 LPH señala que se podrán “limitar”, y no “prohibir”. Entienden que dentro de la palabra limitar no cabe una prohibición, que, al ser restrictiva de derechos (en concreto de la facultad de destino y libre aprovechamiento del propietario), hay que interpretarlo de forma estricta y según el sentido literal de sus palabras (art. 3.1CC). La palabra limitar no significa prohibir, que sería la imposibilidad total del ejercicio de la actividad. Además, consideran estos autores y la jurisprudencia, que el perjuicio para el propietario y sus facultades dominicales son grandes, y suponen asimismo una modificación de lo previsto en los estatutos, por lo que solo podría adoptarse por unanimidad de todos los propietarios. MAGRO SERVET afirma a este respecto, lo siguiente: “el legislador había querido derivar la prohibición de alquiler vacacional en las juntas de las comunidades de propietarios a la unanimidad por tratarse de una importante restricción del derecho de posesión de los propietarios en una comunidad de propietarios y dejar el quórum de 3/5 para establecer normas de régimen interno sobre alquiler vacacional. Ello se debía a que una medida de prohibición de un sistema arrendaticio en una comunidad de propietarios supone una restricción del derecho de posesión por parte de los comuneros de destinar a un tipo de alquiler concreto, como es el vacacional, el inmueble que han adquirido y que no están usando habitualmente”¹⁵. En definitiva, este sector considera que no cabe prohibir estas actividades por acuerdo adoptado por mayoría de 3/5 partes.

Por otra parte, otras sentencias y autores han entendido que donde la ley dice “limitar” cabe también entender que se refiere a “prohibir”¹⁶. De este modo, podría adoptarse el acuerdo prohibitivo de la Junta de propietarios por una mayoría de 3/5 partes, facilitando enormemente su supresión, en contra de la voluntad del propietario arrendador de vivienda turística y contradiciendo, en principio y como excepción, la unanimidad exigida para la modificación de los estatutos; pues

no podemos olvidar que en ellos figura el uso o destino de los elementos privativos. La DGSJFP, en numerosas resoluciones¹⁷, se adhirió a esta postura, diciendo que sí cabe prohibir estas actividades por una mayoría de 3/5 partes, tal y como flexibilizó el RD Ley 7/ 2019, de 1 de marzo, a pesar de que la regla general para la aprobación de acuerdos que supongan modificación de las reglas contenidas en los estatutos o título constitutivo sea la unanimidad: «es admisible la prohibición, no solo la limitación, del alquiler turístico o vacacional (entendiendo por tal el recogido en la letra e) del art. 5 de la Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos (LA LEY 4106/1994)), bastando al efecto la mayoría de 3/5 del art. 17.12 LPH».

En concreto, y en la resolución de 5 abril 2020, que vale por todas, afirmó que: “Es indudable que esta nueva norma reduce la mayoría necesaria para adoptar el acuerdo que limite o condicione el alquiler turístico en el marco de la normativa sectorial que regule el ejercicio de la actividad de uso turístico de viviendas y del régimen de usos establecido por los instrumentos de ordenación urbanística y territorial, pero no permite que esa excepción a la norma general de la unanimidad alcance a otros acuerdos relativos a otros usos de la vivienda, como es el mero alquiler vacacional en régimen distinto al específico derivado de la normativa sectorial turística. Por ello, la calificación objeto de impugnación debe ser confirmada.”

El Tribunal Supremo en dos sentencias del 3 octubre 2024 pone fin a esta discusión doctrinal y vaivén jurisprudencial. Las referidas sentencias 1232/2024 y 1233/2024, de 3 de octubre, van a considerar y sentar doctrina jurisprudencial defendiendo la segunda tesis apuntada: Cabe adoptar un acuerdo de prohibición de actividad turística por un acuerdo de 3/5 partes, aunque suponga la modificación de estatutos o título constitutivo¹⁸.

Las razones que expone el tribunal después de afirmar que hasta la fecha no se había manifestado al respecto, y que trasladamos a continuación, son las siguientes:

— La jurisprudencia anterior ha tratado de discernir si los acuerdos comunitarios de prohibición de la explotación de pisos o apartamentos turísticos en la comunidad, anteriores a la introducción del art. 17.12 LPH, eran acordes a Derecho. Concluye el Tribunal después de recoger estas sentencias que son válidos y lícitos ya que “el alquiler de viviendas para uso turístico puede considerarse incluido en una prohibición estatutaria que impida el ejercicio de actividades económicas en los pisos o viviendas, en el sentido de tratarse de actividades que implican usos distintos del de vivienda y en los que concurre un componente comercial, profesional o empresarial.”. Tal y como hemos comentado anteriormente.

— A continuación, en los fundamentos Cuarto (STS 1232) y Tercero (STS 1233) aborda la cuestión de la “La legitimidad de las prohibiciones de uso de los elementos privativos en el régimen de la propiedad horizontal y su conformidad con la Constitución”. El Alto Tribunal, tras un análisis de su doctrina anterior; señalando que las limitaciones o cambios de uso que se impongan a un propietario deben interpretarse de forma restrictiva, y siempre que consten de forma expresa y hayan sido válidamente adoptadas, en aras de conciliar un interés general de la comunidad con el particular del propietario (SSTS 6 febrero 1989; 7 febrero 1989; 24 julio 1992; 21 abril 1997; 29 febrero 2000; 20 octubre 2008 y 30 diciembre 2010; 5 octubre 2023; 3 diciembre 2014, 27 noviembre 2023), concluye que dichas prohibiciones de uso para un propietario en una comunidad horizontal son válidas y

debe soportarlas. Además, no dejan sin contenido su derecho de propiedad que, al no ser omnímodo ni absoluto, puede verse limitado por la función social de la propiedad y la confluencia con los derechos de propiedad y posesión pacífica del resto de los copropietarios. En concreto el TS afirma que:

“en el régimen de propiedad horizontales perfectamente legítimo, a los efectos de conciliar los intereses estrictamente privativos con los generales concurrentes inherentes a su naturaleza jurídica, establecer restricciones o prohibiciones a las facultades de goce que, con respecto a los pisos o locales del inmueble, corresponden a sus propietarios. Siempre que se trate, claro está, de un acuerdo adoptado conforme a derecho y con los límites derivados del art. 1255 del CC, sin que los arts. 33 (derecho a la propiedad privada) y art. 38 (libertad de empresa) reconocidos por la Constitución, vedan unas limitaciones de tal clase. En efecto, las prohibiciones de actividad en los elementos privativos fueron declaradas conformes con la Constitución por las SSTC 301/1993, de 21 de octubre y 28/1999, de 8 de marzo, en las que se proclamó, con respecto al régimen de propiedad horizontal, que: «[...] la necesidad de compaginar los derechos e intereses concurrentes de una pluralidad de propietarios y ocupantes de los pisos, justifica, sin duda, la fijación, legal o estatutaria, de específicas restricciones o límites a los derechos de uso y disfrute de los inmuebles por parte de sus respectivos titulares». En definitiva, impedir el uso para alquiler turístico constituye una prohibición, que es legítima y que, por lo tanto, no cabe negar, dado que no altera el contenido esencial del derecho de propiedad. O, dicho de otra forma, las facultades de los propietarios, para definir el destino de sus pisos o locales, no son omnímodas, sino susceptibles de ser sometidas a límites tanto legales como convencionales. Ello es así, dado que la titularidad dominical de los comuneros no abarca una relación de pertenencia absoluta con facultades inquebrantables de gozar y disponer, puesto que caben legítimas restricciones al *agere licere* (al actuar permitido) que les corresponde y, específicamente, en el régimen de la propiedad horizontal.”

Termina su argumentario añadiendo que ya el Tribunal Constitucional ha señalado que el contenido esencial del derecho de propiedad no puede establecerse atendiendo solo a los intereses individuales, sino que debe incluir la referencia a la función social.

— A continuación, el Tribunal Supremo interpreta la dicción del art. 17.12 LPH, en un sentido gramatical, pero, sobre todo, teleológico. Respecto a la interpretación literal o gramatical, entiende que, cuando el art. 17.2 LPH dice “el acuerdo por el que se limite o condicione”, debe entenderse incluido dentro de la “limitación” también la prohibición. Ello porque limitar tiene dos acepciones: establecer condiciones y fijar límites, cuyo exponente máximo es la prohibición; luego queda incluida dentro de la palabra limitar. Por otra parte, continúa, no tendría sentido que, si solo significa establecer condiciones, el legislador hubiera dicho a continuación exactamente lo mismo, “limite o condicione”¹⁹.

Pero, es el argumento teleológico el de mayor peso en su tesis: el por qué y para qué de la norma²⁰. En efecto, considera el tribunal que las normas deben interpretarse según “la realidad social del tiempo en que deben ser interpretadas” atendiendo “al espíritu y finalidad de aquellas” (art. 3.1 CC). De este modo, entiende que, teniendo en cuenta el contexto en el que se publica ese artículo, atendiendo a la propia exposición de motivos del RD Ley 7/2019, queda patente que nos

encontramos ante una realidad de dificultad en el acceso a la vivienda y escasez de la misma. Los arrendamientos turísticos (por su alta rentabilidad y “escape” de las rígidas normas de la LAU) suponen una de las posibles causas de esa escasez, pues detraen inmuebles del mercado residencial. En consecuencia, la voluntad del legislador, al establecer esta nueva mayoría para limitar esos arrendamientos, era facilitar su supresión, para contribuir, de alguna forma al aumento de oferta de vivienda.

En concreto, el Tribunal Supremo afirma en estas sentencias: “Conforme a estas intenciones expresadas del legislador, el espíritu y finalidad de la norma no es contrario, sino que propicia precisamente la interpretación de que la limitación de la actividad del alquiler turístico comprenda su prohibición. La voluntad del legislador es proclive a favor del arrendamiento residencial frente al alquiler turístico, que se pretende restringir con la finalidad de incrementar el parque de viviendas para la venta y arrendamiento, con la natural repercusión sobre los precios y correlativa reducción del esfuerzo de las economías familiares. Condicionar o restringir el ejercicio de aquella actividad no soluciona, al menos, en la misma medida, la problemática de las dificultades de acceso a la vivienda, que se pretenden corregir por medio de tal disposición normativa”.

— Por otra parte, el tribunal acude al argumento de la existencia de limitaciones propias del dominio, derivadas de su función social, cuando se realizan actividades que pueden suponer o provocar molestias o perturbaciones en los vecinos. Se trata de la actualización de las relaciones de vecindad como limitaciones dominicales. En este sentido, manifiesta que la actividad turística produce molestias al resto de copropietarios, y que, en consonancia con la teoría de la inmisión (añado yo), los vecinos que las sufren pueden intentar limitar el ejercicio abusivo del otro propietario, como consecuencia de la función social de la propiedad²¹. Y pueden hacerlo, por supuesto, a través de la acción de cesación del art. 7.2 LPH (que implica que ya se haya realizado el daño o molestia), pero también, y nada obsta a ello, a través de acuerdos “preventivos” que prohíban dichas actividades. “Las restricciones legales o estatutarias al derecho de goce de los pisos en comunidades de vecinos no son, por sí mismas, contrarias al art. 33 CE, siempre que obedezcan a la función social de la propiedad privada (SSTC 301/1993, de 21 de octubre, y 28/1999, de 8 de marzo)”, concluye esta sentencia.

— Por último, se señala en estas sentencias que seguir exigiendo unanimidad para adoptar el acuerdo prohibitivo sería tanto como hacerlo inútil, ya que el propietario arrendador turístico siempre se opondría; por lo que necesariamente hay que interpretar que esa limitación ampara la prohibición. Reafirma la posibilidad de que tales acuerdos prohibitivos se adopten por la doble mayoría de 3/5 partes de los propietarios que, a su vez, representen las 3/5 partes de las cuotas²².

II.4. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS SSTS 3 OCTUBRE 2024

Las sentencias cuyos fundamentos se acaban de exponer no dejan de suscitar algunas reflexiones sobre los argumentos utilizados y solución adoptada que pasamos a exponer.

1) Doble mayoría. En primer lugar, el Tribunal Supremo admite que los acuerdos para la prohibición de arrendamientos turísticos deben adoptarse por la mayoría de 3/5 partes de propietarios que a su vez representen 3/5 partes de las cuotas. Es lo que se ha denominado la “mayoría doble”. Esta doble mayoría ha suscitado cierto revuelo entre la doctrina y los operadores jurídicos, pero entendemos que sin fundamento. Ello es así, porque siempre se han exigido las dobles mayorías para adoptar los acuerdos en la Junta de propietarios, con independencia del porcentaje necesario. Es decir, siempre ha sido preciso que los acuerdos se adopten por mayoría de copropietarios que representen la mayoría de las cuotas. Así se desprende reiteradamente del art. 17 LPH que, en las distintas mayorías requeridas según el tipo de acuerdo, siempre exige mayoría de propietarios y cuotas²³, y también lo ha dicho la jurisprudencia en repetidas ocasiones.

Cuestión distinta es la observación que hace MAGRO SERVET, que compartimos, respecto a que este acuerdo prohibitivo puede llegar a adoptarse por mayoría simple de los presentes, cuando hubiera ausentes en la votación, por lid del art. 17.8 LPH²⁴. El voto de los ausentes en la Junta que no se opongan al cabo de los 30 días, tal y como establece este artículo, se sumarán a los votos favorables, facilitando la toma de este acuerdo. Así lo explica este autor: “teniendo que adoptar en la Junta de propietarios por mayoría simple de presentes, tanto de propietarios como de coeficiente, el acuerdo a favor de la medida de prohibir el alquiler vacacional, ya que el quórum de 3/5 del art.17.12 de la ley lleva voto presunto del ausente, y de esta manera habrá que esperar al transcurso de los 30 días desde la notificación del acta los ausentes para comprobar si éstos apoyan la decisión de la Junta de propietarios por mayoría simple de prohibir el alquiler vacacional, o, simplemente, no dicen nada, en cuyo caso la situación de silencio de los ausentes permite la suma a los que han votado favorablemente como permite el art.17.8 de la ley lo que deriva a una mayor facilidad en la adopción de estos acuerdos que llevan voto presunto del ausente como el de la prohibición ahora del ejercicio de alquiler vacacional, ya que solo se exigirá en la Junta de propietarios el quórum de mayoría simple de presentes”. Hay que señalar que las abstenciones juegan en contra y no participan de lo dispuesto en el art. 17.8 LPH, pues acudieron a la Junta y no pueden sumarse²⁵.

Luego, la mayoría de 3/5 puede alcanzarse fácilmente con mayoría simple de presentes siempre que no se impugne el acuerdo por los ausentes.

2) Efectos retroactivos. Una vez aprobado por mayoría de 3/5 el acuerdo prohibitivo, ¿puede tener efectos retroactivos y afectar a un arrendamiento turístico que ya se instaló en la comunidad? La ley en el art. 17.12 LPH dice claramente que no: “dichos acuerdos no tendrán efectos retroactivos”. Luego, en principio, si ya se instaló una vivienda turística en un edificio porque no existía prohibición estatutaria alguna, y se cumplieron para ello todos los requisitos administrativos y sectoriales —turísticos— que exige cada comunidad autónoma, el nuevo acuerdo *ex novo* de prohibición no debería afectarles, y podrá seguirse con la actividad. Parece, *a priori*, lógico, porque se están restringiendo facultades de uso del propietario, y porque no puede darse mayor validez e importancia a un acuerdo fruto de la autonomía de la voluntad de las partes que a una autorización administrativa con su correspondiente licencia ya otorgada —¿o sí?—. Cuando se limitan derechos, en principio no cabe la retroactividad.

Sin embargo, cuando no se está ejercitando todavía la actividad turística en ese edificio, pero ya se ha obtenido la licencia para ejercerla, parece que el acuerdo posterior de la Junta, prohibiendo tal actividad, puede afectar a esa concesión e impedir la actividad turística en esa comunidad horizontal. Como dice MAGRO SERVET, aquí no nos cuestionamos la aplicación retroactiva de una norma, sino la aplicación retroactiva de la interpretación y doctrina jurisprudencial. La jurisprudencia permite estos acuerdos prohibitivos por mayoría de 3/5, ¿puede esta interpretación aplicarse retroactivamente? Según este autor sí, pues considera que quedará prohibida tal actividad sea cual sea la fecha en que se obtuvo la licencia. Afirma este autor: “quedará prohibido el ejercicio de alquiler vacacional, sea cuando sea el momento en el que han obtenido la licencia, ya que la jurisprudencia es retroactiva y aunque existan comunidades donde algunos propietarios tengan licencia para destinar su inmueble a alquiler vacacional, si se adopta el acuerdo por la Junta de propietarios a partir de ahora por 3/5 del art.17.12 LPH, ello afectará a todos los propietarios, aunque tengan una licencia de alquiler vacacional, y a partir de ese momento quedará prohibido el ejercicio de esta actividad en esa comunidad de propietarios, por cuanto el efecto de ambas sentencias tiene efectos retroactivos al tratarse de un criterio jurisprudencial aplicable, no solamente a partir del dictado de las sentencias, sino con retroactividad para cualquier comunidad de propietarios donde se adopte el acuerdo.” Cita para ello, la STS 21 febrero 2024, sala de lo penal, que confirma la retroactividad de la doctrina jurisprudencial, aunque sea desfavorable²⁶.

La posible aplicación retroactiva de esta doctrina jurisprudencial puede ocasionar, en cualquier caso, cuestiones delicadas o de difícil solución. Por ejemplo, supongamos que se ha obtenido la licencia de vivienda turística, y que la misma ha llegado al Registro de la Propiedad, donde consta que tal vivienda se destinará a un uso turístico, a través de la correspondiente nota marginal. Posteriormente, llega la modificación de los estatutos que recogen la prohibición estatutaria nueva, para su oponibilidad *erga omnes*, tal y como exige la constante jurisprudencia. ¿Puede alterar este nuevo acuerdo la inscripción de uso de vivienda turística previo? ¿No debería aplicarse el principio de prioridad registral, *prior tempore potior iure* en este caso? Debemos tener cuidado con esta interpretación retroactiva, pues puede dar lugar al quebrantamiento de los esenciales principios registrales, cuya finalidad no es sino garantizar la seguridad jurídica preventiva. No creemos que ese nuevo acuerdo estatutario, aprobado a lo mejor por pura mayoría simple, pueda dejar sin efecto y cambiar el uso de un inmueble previamente inscrito²⁷.

3) Limitación de las facultades del propietario. Por último, no queremos dejar de señalar que con estas nuevas sentencias se está dando un paso más en la —cada vez mayor— limitación del derecho de propiedad privada. Es cierto que el contenido de nuestro derecho de propiedad privada (art. 33 CE) está conformado por la función social, que el derecho de propiedad, hoy en día, nada tiene que ver con el derecho decimonónico del Código civil, totalmente liberal y absoluto. Estamos de acuerdo en que el derecho de propiedad privada tiene importantes limitaciones, y que sus contornos se han redibujado por esa función social, y por el interés general de las personas implicadas. Esto, por otra parte, aunque en menor escala, no es nuevo. El derecho de propiedad, como hemos dicho, se ha visto desde siempre sometido a las relaciones de vecindad, y el propietario ha tenido que limitar el

ejercicio de su derecho de propiedad cuando fuera abusivo y molestara a sus vecinos. Por el contrario, estos han tenido que soportar inmisiones que no suponían un abuso de derecho por parte del propietario que las realizase.

Pero, la doctrina establecida en estas sentencias supone la limitación de las facultades de destinación y de libre aprovechamiento, propias del propietario, y avaladas por la jurisprudencia (en el sentido de que cualquier restricción a las mismas debía hacerse de forma clara y expresa e inscribirse en el Registro para su oponibilidad), y ello es un paso más en la constante disminución del contenido de propiedad en nuestro ordenamiento.

Las facultades dominicales se están limitando cada vez más, con el riesgo —de seguir así— de encontrarnos ante un nuevo derecho de propiedad de ámbito mucho más reducido. Gracias a las últimas modificaciones legislativas que han culminado con la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la Vivienda²⁸, se ha limitado la facultad de disposición del propietario debido a las limitaciones y control de rentas de los arrendamientos; se ha limitado —y de qué manera— la facultad de exclusión al no poder impedir el uso de los inmuebles y recuperar la posesión indebidamente perdida por culpa de los okupas, o inquitokupas; pero, con esta nueva doctrina jurisprudencial, el propietario se ve limitado también en su facultad de libre aprovechamiento y destino.

Todo ello, nos lleva a afirmar que el derecho de propiedad está perdiendo su contenido esencial y va perdiendo facultades básicas: poco a poco, sentencia a sentencia, y modificación legislativa tras otra, gracias a un mal entendimiento de qué es la función social de la propiedad.

El derecho de propiedad privada parece ser un problema, y nada más lejos de la realidad, pues es el que vertebra en gran parte nuestro sistema económico y social, sin dejar de lado que es esencial para el desarrollo de la persona, pues es la base de su libertad y responsabilidad.

III. CONCLUSIONES

- I. El propietario de un piso en comunidad horizontal tiene la facultad de destino y libre aprovechamiento de su inmueble. El uso de los elementos privativos aparece descrito en los estatutos que se incorporan al título constitutivo. Las limitaciones a esas facultades deben interpretarse de forma restrictiva y siempre que se acuerden bajo el régimen de mayoría y con el procedimiento necesario por la Junta de Propietarios. De igual forma, para su oponibilidad *erga omnes* debe inscribirse dicho acuerdo modificativo del título constitutivo en el Registro de la Propiedad.
- II. El cambio de uso o destino de un elemento privativo en propiedad horizontal, en principio, por suponer una modificación de los estatutos, debe aprobarse por unanimidad de los propietarios de la comunidad horizontal.
- III. La convivencia entre un régimen de propiedad horizontal y la actividad de arrendamiento turístico en ella no es pacífica, y genera fricciones entre el propietario arrendador y el resto de los propietarios. Hay que tratar de compaginar los intereses enfrentados de ambas partes.

- IV. Por ello, y ante las molestias causadas por este tipo de arrendamiento turístico, es frecuente que la comunidad horizontal se plantee prohibirlos o limitarlos.
- V. Cuando exista en los estatutos una cláusula que recoja el acuerdo de prohibición general de realización de actividades económicas, o de hostelería, en los elementos privativos, debe entenderse, gracias a una interpretación extensiva, que dicha prohibición alcanza al arrendamiento turístico.
- VI. Por lo tanto, según la doctrina del Tribunal Supremo, cuando en los estatutos ya exista una prohibición de este tipo, debe entenderse que no se puede destinar un piso al alquiler turístico al que se refiere art. 5.e) LAU.
- VII. Cuestión distinta es cuando no exista ninguna prohibición estatutaria, aunque sea general, que impida el establecimiento de un alquiler de vivienda turística en el edificio. En estos casos, hay que plantearse si la Junta de propietarios puede adoptar un acuerdo nuevo que prohíba esa actividad, y con qué mayorías en su caso.
- VIII. Tras una discusión doctrinal y jurisprudencial, el Tribunal Supremo, en las recientes sentencias plenarios de 3 octubre 2024 ha sentado doctrina. Ha entendido que, con base en lo dispuesto en el art. 17.12 LPH modificado por Real Decreto Ley 7/ 2019, cabe prohibir por una mayoría de 3/5 partes de propietarios que representen 3/5 partes de las cuotas, los arrendamientos turísticos. Ello a pesar de que, como hemos dicho, el cambio de uso modificando los estatutos, *a priori*, requeriría unanimidad.
- IX. Las razones que da para ello son: la interpretación gramatical de la palabra limitar, que acoge la prohibición, y, sobre todo, la interpretación teleológica, el para qué de la norma y la realidad en la que esta se desenvuelve. Con base en ella, entiende que, dada la dificultad existente para el acceso de vivienda, debe facilitarse la prohibición o restricción de los arrendamientos turísticos, con el fin de que no dificulten los otros. Hay una necesidad de vivienda y facilitar la adopción de estos acuerdos prohibitivos puede ayudar. De igual forma se alude al hecho de que la propiedad privada no es absoluta, ni las facultades del propietario omnímodas, y deben ceder ante un interés general de la comunidad frente al suyo particular, como consecuencia de la función social de la propiedad.
- X. Somos críticos con esta resolución, primero porque la mayoría de 3/5 partes puede lograrse con la mayoría simple más el voto ausente. Por lo tanto, es francamente fácil adoptar ese acuerdo. En segundo lugar, porque se está impidiendo al propietario que elija el destino, el uso de su propiedad, limitando su facultad de destino y libre aprovechamiento.
- XI. La función social de la propiedad no puede ser, ni entenderse, como una carta blanca que vaya cercenando el derecho de propiedad. Debe definir su contenido, pero no ser la excusa para reducir las facultades dominicales de forma drástica.
- XII. Esto es lo que, a mi juicio, está ocurriendo en España, y con estas sentencias se da un paso más hacia la reducción al mínimo del contenido de la propiedad privada; la limitación de las facultades dominicales es cada vez mayor.

XIII. Debemos replantearnos la esencia y el contenido de la propiedad privada y no considerarlo únicamente como la causa de muchos de los males que acechan al problema de la vivienda.

IV. RESOLUCIONES CITADAS

Tribunal Constitucional

- STC 301/1993, de 21 de octubre
- STC 28/1999, de 8 de marzo

Tribunal Supremo

- STS 6 febrero 1989
- STS 7 febrero 1989
- STS 2 julio 1991
- STS 24 julio 1992
- STS 21 diciembre 1993
- STS 11 mayo 1994
- STS 21 abril 1997
- STS 1 octubre 1998
- STS 8 junio 1999
- STS 29 febrero 2000
- STS 28 febrero 2006
- STS 10 octubre 2007
- STS 26 marzo 2008
- STS 20 octubre 2008
- STS 27 noviembre 2008
- STS 20 septiembre 2010
- STS 30 diciembre 2010
- STS 9 octubre 2013
- STS 3 diciembre 2014
- STS 5 octubre 2023
- STS 27 noviembre 2023
- STS 29 noviembre 2023
- STS 24 enero 2024
- STS 29 enero 2024
- STS 30 enero 2024
- STS 21 febrero 2024
- SSTs 1232 y 1233, de 3 octubre 2024

Audiencias Provinciales

- SAP Segovia 21 abril 2020
- SAP Asturias 18 enero 2021
- SAP Granada 25 marzo 2022
- SAP Asturias 28 abril 2022

Dirección General de los Registros y del Notariado y Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe pública

- RDGRN 20 febrero 1989
- RDGRN 23 marzo 1998

- RDGRN 26 enero 2002
- RDGSJFP 5 abril 2020
- RDGSJFP 16 junio 2020
- RDGSJFP 5 noviembre 2020
- RDGSJFP 15 enero 2021
- RDGSJFP 22 enero 2021
- RDGSJFP 21 diciembre 2022
- RDGSJFP 7 febrero 2023.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ARGELICH COMELLES, C., (2024). Del Reglamento 2024/1028 sobre recogida e intercambio de datos de los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración al Real Decreto sobre la «Ventanilla Única Digital de Arrendamientos» de uso turístico. *Diario La Ley*, n.º 10607, Sección Doctrina, 13 de noviembre de 2024.
- BANCO DE ESPAÑA, (2023). Informe Anual 2023, capítulo 4.º, disponible en https://www.bde.es/f/webbe/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/InformesAnuales/23/Fich/InfAnual_2023_Cap4.pdf.
- CAMPUZANO, H., (2019). *Las viviendas de uso turístico: marco legal y problemática jurídica en el contexto de la economía colaborativa*, Reus, Madrid.
- EUROSTAT, (2024). Short-stay accommodation offered via online collaborative economy platforms, julio 2024, disponible en https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Short-stay_accommodation_offered_via_online_collaborative_economy_platforms#In_2023.2C_almost_2_million_tourists_per_night_slept_in_a_bed_booked_via_the_platforms
- FERNÁNDEZ, A., (2024). ¿Cuál es la normativa del alquiler vacacional en España?, disponible en <https://www.lodgify.com/blog/es/normativa-alquiler-vacacional/>
- HERNÁNDEZ MANZANARES, A., (2024). Doctrina jurisprudencial sobre los pisos turísticos. *Diario La Ley*, n.º 10605, Sección Tribuna, 11 de noviembre de 2024.
- MAGRO SERVET, V., (2024). Las comunidades de propietarios pueden prohibir el alquiler vacacional por quorum de 3/5 partes del 17.2 LPH (SSTS 1232 y 1233/24, de 3 octubre). *Revista de Jurisprudencia*, n.º 71, noviembre 2024.
- PUCHE RAMOS, A. (2024). La prohibición de las viviendas turísticas en las Comunidades de Propietarios. Comentarios a las STS de 3 de octubre de 2024, entrada disponible en <https://blog.sepin.es/prohibicion-viviendas-turisticas-comunidades-propietarios>, 9 octubre 2024.

NOTAS

¹ Son clarificadoras las palabras de la STS 9 octubre 2013 en este sentido: «existe una plena libertad a la hora de establecer el uso que se le puede dar a un inmueble en el ámbito de la propiedad horizontal, de tal forma que los copropietarios no pueden verse privados de la utilización de su derecho a la propiedad del inmueble como consideren más adecuado, a no ser que este uso esté legalmente prohibido o que el cambio de destino aparezca expresamente limitado por el régimen de dicha propiedad horizontal, su título constitutivo o su regulación estatutaria»

² En este sentido las SSTS sobre oponibilidad de los estatutos, 26 marzo 2008 entre otras.

³ No podemos olvidar que vivimos en sociedad, y más todavía en un régimen de propiedad horizontal, donde existe un derecho de copropiedad en todos los elementos comunes y una convivencia estrecha con el resto de los copropietarios.

⁴ Art. 5 LAU:

“Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta ley:

a) El uso de las viviendas que los porteros, guardas, asalariados, empleados y funcionarios, tengan asignadas por razón del cargo que desempeñen o del servicio que presten.

b) El uso de las viviendas militares, cualquiera que fuese su calificación y régimen, que se regirán por lo dispuesto en su legislación específica.

c) Los contratos en que, arrendándose una finca con casa-habitación, sea el aprovechamiento agrícola, pecuario o forestal del predio la finalidad primordial del arrendamiento. Estos contratos se regirán por lo dispuesto en la legislación aplicable sobre arrendamientos rústicos.

d) El uso de las viviendas universitarias, cuando éstas hayan sido calificadas expresamente como tales por la propia Universidad propietaria o responsable de las mismas, que sean asignadas a los alumnos matriculados en la correspondiente Universidad y al personal docente y de administración y servicios dependiente de aquélla, por razón del vínculo que se establezca entre cada uno de ellos y la Universidad respectiva, a la que corresponderá en cada caso el establecimiento de las normas a que se someterá su uso.

e) La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística.”

⁵ La normativa autonómica sobre arrendamientos turísticos (viviendas turísticas) es la siguiente:

Andalucía: Decreto 31/2024, de 29 de enero

Aragón: Decreto 1/2023, de 11 de enero

Asturias: Decreto 48/2016, de 10 de agosto

Baleares: Decreto-ley 3/2022, de 11 de febrero

Canarias: Decreto 113/2015 de 22 de mayo

Cantabria: Decreto 225/2019, de 28 de noviembre

Castilla y León: Decreto 3/2017, de 16 de febrero

Castilla-La Mancha: Decreto 36/2018, de 29 de mayo

Cataluña: Decreto Ley 3/2023, del 7 de noviembre

Comunidad Valenciana: Decreto 9/2024, de 2 de agosto

Extremadura: Ley 6/2018, de 12 de julio

Galicia: Decreto 12/2017, de 26 de enero

Madrid: Decreto 79/2014, de 10 de julio

Murcia: Decreto n.º 256/2019, de 10 de octubre

Navarra: Decreto Foral 230/2011, de 26 de octubre

País Vasco: Decreto 101/2018, de 3 de julio

La Rioja: Decreto 10/2017, de 17 de marzo

⁶ Informe del BANCO DE ESPAÑA, (2023). Informe Anual 2023, capítulo 4.º, disponible en https://www.bde.es/f/webbe/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/InformesAnuales/23/Fich/InfAnual_2023_Cap4.pdf.

⁷ EUROSTAT, (2024). Short-stay accommodation offered via online collaborative economy platforms, julio 2024, disponible en https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Short-stay_accommodation_offered_via_online_collaborative_economy_platforms#In_2023.2C_almost_2_million_tourists_per_night_slept_in_a_bed_booked_via_the_platforms

⁸ Reglamento (UE) 2024/1028 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, sobre la recogida y el intercambio de datos relativos a los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724. Ha sido desarrollado reglamentariamente por el legislador español en el Proyecto de Real Decreto por el que se crea la Ventanilla Única Digital de Arrendamientos, disponible en https://www.mivau.gob.es/recursos_mfom/audienciainfopublica/recursos/prd_0.pdf. Sobre el desarrollo de este Proyecto, véase ARGELICH COMELLES, C., (2024). Del Reglamento 2024/1028 sobre recogida e intercambio de datos de los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración al Real Decreto sobre la «Ventanilla Única Digital de Arrendamientos» de uso turístico. *Diario La Ley*, n.º 10607, Sección Doctrina, 13 de noviembre de 2024.

⁹ En Madrid se está elaborando el Plan General de Ordenación Urbana 2025 que aumenta el control sobre las viviendas turísticas, prohibiéndolas en edificios de protección pública o donde se haya prohibido por la comunidad, y con una serie de normas en favor de los usuarios de estos arrendamientos, adaptando su normativa a la STSJ Madrid de 2024 en ese sentido. Véase en <https://www.comunidad.madrid/noticias/2024/09/11/comunidad-madrid-adapta-normativa-control-viviendas-uso-turistico-region>. Y el Ayuntamiento de Madrid está trabajando en una nueva normativa que impedirá la concesión de nuevas licencias. <https://www.madrid.es/portales/munimadrid/es/Inicio/Actualidad/Noticias/El-Ayuntamiento-activa-un-plan-de-accion-para-ordenar-las-viviendas-de-uso-turistico-congela-la-concesion-de-licencias-y-endurece-las-sanciones/?vgnnextfmt=default&vgnnextoid=c2904dbd9841f810VgnVCM-2000001f4a900aRCRD&vgnnextchannel=a12149fa40ec9410VgnVCM100000171f5a0aRCRD>

En Cataluña, se ha publicado el Decreto Ley 3/2023, en el que se establece un control mucho más férreo sobre estas viviendas y se ha añadido la necesidad de obtener una licencia especial que tiene un plazo de 5 años para el ejercicio de estas actividades turísticas, prorrogable únicamente cuando el Plan urbanístico así lo determine. Durante este tiempo no se otorgarán más licencias turísticas. En concreto, en Barcelona se ha anunciado la revisión del Plan Especial Urbanístico de Alojamientos Turísticos (PEUAT), y la supresión de todos los pisos turísticos para 2029.

En otras comunidades como Canarias, Galicia se están siguiendo estos mismos pasos.

Véanse todos estos datos en FERNÁNDEZ, A., (2024). ¿Cuál es la normativa del alquiler vacacional en España? Disponible en <https://www.lodgify.com/blog/es/normativa-alquiler-vacacional/>

¹⁰ En efecto, estas sentencias han dado un paso más para favorecer la prohibición de viviendas turísticas en comunidades de propiedad horizontal. Consideran que el arrendamiento turístico es una actividad empresarial, comercial o económica y que, por lo tanto, cuando en

los estatutos haya una prohibición de destinar los pisos o elementos privativos a actividades empresariales o comerciales, en general, o incluso cuando enumeren de forma ejemplificativa varias de estas actividades, debe entenderse que dicha prohibición alcanza también a los pisos turísticos; pues se considera que en ellos se ejerce una actividad empresarial o económica del tipo que prohíben los estatutos o acuerdos de la comunidad. No se discute la naturaleza exacta del arrendamiento turístico, pero sí se afirma y argumenta que a estos arrendamientos les alcanza la prohibición de destinar los pisos a actividades económicas o empresariales, ya que, por las características de los casos concretos analizados, entienden que pueden calificarse como tales. En este sentido la STS 29 noviembre 2023 afirma claramente que “la condición de actividad económica de la actividad de alquiler de las viviendas que se ofrezcan o comercialicen como alojamiento por motivos turísticos o vacacionales, y que son cedidas temporalmente por la persona propietaria, explotadora o gestora y comercializadas directamente por ella misma o indirectamente, a terceros, de forma reiterada o habitual y a cambio de contraprestación económica. El que el desempeño de esa actividad comporte una serie de requisitos y condiciones, incluidos los de funcionamiento, implica la prestación de una serie de servicios y la asunción de determinados deberes inherentes a la comercialización de las viviendas para uso turístico que determinan que la actividad y la prestación del servicio turístico se desarrolle en la propia vivienda.”

¹¹ Esta sentencia, como bien resume Hernández Manzanares, quiere poner de relieve que: “en dicha sentencia que la demandada ejerce una actividad abierta al público, anunciada en plataformas publicitarias, cuya esencia radica en satisfacer las necesidades de alojamiento transitorio inherentes a la actividad de turismo, que no constituye, desde luego, ese uso permanente y habitual al que se refiere la norma estatutaria, y que guarda identidad de razón con la prohibición establecida de destinar los pisos a hospedería, por lo que concluir que está vedada la posibilidad de utilizarlos con destino turístico no conforma una interpretación arbitraria, ni prohibir dicho uso constituye un abuso de derecho.” Véase HERNÁNDEZ MANZANARES, A., (2024). Doctrina jurisprudencial sobre los pisos turísticos. *Diario La Ley*, n.º 10605, Sección Tribuna, 11 de noviembre de 2024.

¹² Se introdujo el apartado 12 del art. 17 LPH, por el art. 2.3 del citado Real Decreto-ley. Si bien hay que recordar que ya había sido incorporado por el art. 2.3 del Real Decreto-ley 21/2018, de 14 de diciembre, que quedó sin efecto por la Resolución de 22 de enero de 2019 que publica el Acuerdo del Congreso de los Diputados por el que se deroga el Real Decreto-ley 21/2018, de 14 de diciembre; siendo incorporado y aprobado definitivamente por el RD Ley 7/ 2019.

¹³ Tal y como contempla el art. 17.12 LPH al tiempo de redactar este trabajo.

¹⁴ En este sentido, considerando que el art. 17.2 LPH con su mayoría de 3/5 no permite la aprobación de un acuerdo que prohíba las viviendas de uso turístico, siendo necesario unanimidad, encontramos a CAMPUZANO, H., (2019). *Las viviendas de uso turístico: marco legal y problemática jurídica en el contexto de la economía colaborativa*, Reus, Madrid; MAGRO SERVET, V. (2024). Las comunidades de propietarios pueden prohibir el alquiler vacacional por quorum de 3/5 partes del 17.2 LPH (SSTS 1232 y 1233/24, de 3 octubre). *Revista de Jurisprudencia* (Lefebvre), n.º 71, noviembre 2024. En el mismo sentido, las sentencias de las Audiencias Provinciales de Córdoba 690/2022, de 12 de julio, Málaga 40/2023, 25 de enero y Madrid 361/2022, de 6 de julio.

¹⁵ MAGRO SERVET, V., (2024). Las comunidades de propietarios pueden prohibir el alquiler vacacional por quorum de 3/5 partes del 17.2 LPH (SSTS 1232 y 1233/24, de 3 octubre). *Revista de Jurisprudencia*, n.º 71, noviembre 2024.

¹⁶ Consideran que la limitación del 17.12LPH admite un acuerdo de prohibición de la actividad turística adoptado por 3/5 partes, las sentencias de las Audiencias Provinciales de Segovia 129/2020, de 21 de abril, Granada 224/2022, de 25 de marzo, y Asturias 13/2021, de 18 de enero y 175/2022 de 28 de abril.

¹⁷ Véanse en este sentido las RRDGSJFP 16 de junio de 2020, 5 de noviembre de 2020, 15 de enero de 2021, 22 de enero de 2021, 21 de diciembre de 2022 y 7 de febrero de 2023.

¹⁸ Sobre este asunto véase, MAGRO SERVET, V., (2024). Las comunidades de propietarios pueden prohibir el alquiler vacacional por quorum de 3/5 partes del 17.2 LPH (SSTS 1232 y 1233/24, de 3 octubre), ob. cit.

¹⁹ Dicen estas sentencias: “La expresión legal «límite o condicione» establece dos supuestos distintos y alternativos, uno de menor intensidad (el condicionamiento) y otro de mayor alcance (la limitación), y dentro de esta última nada impide que la limitación pueda llegar a la prohibición de la actividad. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, «limitar» no solo significa «poner límites a algo», sino también, «fijar la extensión que pueden tener la autoridad o los derechos y facultades de alguien». Es decir, la posibilidad de limitación conferida legalmente a las comunidades de propietarios de limitar la actividad de pisos turísticos en el inmueble puede suponer también su completa prohibición, que sería el máximo del límite. Interpretación gramatical que queda reforzada por el significado de «límite» en el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico: «Delimitación de un territorio, de un derecho o del ámbito de las competencias administrativas o jurisdiccionales». Lo que ha hecho el legislador es permitir que las comunidades puedan delimitar el ejercicio de la actividad de pisos turísticos, lo que, en su caso, incluye la posibilidad de su prohibición.”

²⁰ Hay que recordar que “el espíritu y finalidad de la norma no son: un mero elemento de interpretación, sino la clave fundamental para orientar aquella” (STS 2 julio 1991).

²¹ “Dentro de esta función social, es una aspiración legítima de una comunidad de propietarios la evitación de potenciales molestias para el resto de los vecinos (art. 7.2 LPH) y de posibles conflictos de convivencia entre los propietarios y los indeterminados y ocasionales usuarios de uno o varios de los departamentos” (SSTS 3 octubre 2024).

²² Fundamento Sexto. 8.º, STS 3 octubre 2024: “El art. 17.12 LPH supone una excepción a la regla de la unanimidad (cada vez más en retroceso, tras las últimas reformas legales, como demuestra la modificación de la LPH por el Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre), al introducir la doble mayoría de tres quintos, por lo que sería contradictorio someter la prohibición de los alquileres turísticos al régimen de unanimidad, puesto que ello sería tanto como hacerla imposible, ya que bastaría el voto en contra del propietario del piso en el que se pretende ejercer la actividad para impedirlo.”

²³ Baste ver lo dispuesto en los párrafos 1, 2, 3, 4, 6 y 7 del art. 17 LPH.

²⁴ Art. 17.8 LPH: “8. Salvo en los supuestos expresamente previstos en los que no se pueda repercutir el coste de los servicios a aquellos propietarios que no hubieren votado expresamente en la Junta a favor del acuerdo, o en los casos en los que la modificación o reforma se haga para aprovechamiento privativo, se computarán como votos favorables los de aquellos propietarios ausentes de la Junta, debidamente citados, quienes una vez informados del acuerdo adoptado por los presentes, conforme al procedimiento establecido en el artículo 9, no manifiesten su discrepancia mediante comunicación a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad en el plazo de 30 días naturales, por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción.”

²⁵ En el mismo sentido PUCHE RAMOS, A. (2024). La prohibición de las viviendas turísticas en las Comunidades de Propietarios. Comentarios a las STS de 3 de octubre de 2024.

Entrada disponible en <https://blog.sepin.es/prohibicion-viviendas-turisticas-comunidades-propietarios>, 9 octubre 2024.

²⁶ STS 21 febrero 2024: “La jurisprudencia, cuando se aplica un criterio jurisprudencial no produce una especie de “efecto prohibitivo” de que ese criterio se aplique a hechos y procedimientos pendientes de ser resueltos, ya que el objeto y objetivo de la fijación de doctrina es la de resolver la cuestión de la subsunción del hecho probado al tipo penal en supuestos como el que aquí nos ocupa. Y no existe prohibición de que ese criterio se aplique a recursos pendientes de ser resueltos, porque la fijación de criterio jurisprudencial se aplica de futuro, pero para los procedimientos que estén pendientes de resolver en cualquier instancia, para fijar criterios a los tribunales y con independencia de la fecha de los hechos, ya que esta solo tiene virtualidad de aplicación con respecto a la Ley, pero no a la jurisprudencia, sobre la que no existe la alegada prohibición de retroactividad por ser esta inexistente, ya que respecto de la jurisprudencia no puede hablarse de retroactividad o irretroactividad, concepto que se predica solo y exclusivamente de la Ley.

Como recuerda la mejor doctrina hay que entender que es sólo la Ley la que no puede tener efecto retroactivo, en tanto que los Tribunales deben aplicar la norma con arreglo a los criterios que en cada momento resulten aceptables. Y no le afecta la pretendida tesis de “irretroactividad” que no existe como ámbito de prohibición para la doctrina jurisprudencial.

Sobre esta cuestión hay que recordar que esta cuestión ya ha sido resuelta hace tiempo en la propia jurisprudencia:

a. Sentencia del Tribunal Supremo de 1-10-98: “El principio de legalidad no garantiza la irretroactividad de la jurisprudencia, sino de las Leyes, por lo que no resulta prohibida la aplicación de criterios desfavorables derivados de cambios jurisprudenciales razonados”.

b. Sentencia del Tribunal Supremo de 11-5-94: “El principio de legalidad (art.25.1 de la Constitución Española —EDL 1978/3879—) no garantiza la irretroactividad de la jurisprudencia, sino la de las Leyes... Los cambios jurisprudenciales no vulneran el art.24 de la Constitución Española —EDL 1978/3879— cuando son razonados y fundamentados”.

c. Sentencia del Tribunal Supremo de 8-6-99 confirma este criterio: “En la doctrina mayoritaria se sostiene que la prohibición de aplicación retroactiva rige para la Ley, pero no para la Jurisprudencia, de tal manera que una Jurisprudencia que interpreta la misma Ley de una manera más rigurosa puede ser aplicada a hechos cometidos antes de la fecha en la que se adoptó el nuevo criterio”.

d. Sentencia TS del 28-2-06, caso “Parot”, que introduce un nuevo sistema de redención de penas, modificando la jurisprudencia con efecto retroactivo desfavorable al recurrente.”

²⁷ Esto mismo lo recoge la nueva disposición adicional segunda de la LPH añadida por la Ley Orgánica 1/2025, que afirma que los arrendamientos que ya se ejercían con anterioridad podrán seguir ejerciéndose.

²⁸ Estas limitaciones a las facultades dominicales se iniciaron ya en 2023 con la Ley 1/2013 de protección a los deudores hipotecarios, limitando la efectividad de la garantía hipotecaria, con las iniciales suspensiones de los lanzamientos hipotecarios, y posteriormente con la de los lanzamientos de desahucios para personas vulnerables, debido a la crisis sanitaria del Covid.

1.4. Sucesiones

Repudiación de la herencia e imputación de donaciones

Repudiation of the inheritance and imputation of donations

por

M.^a ISABEL DE LA IGLESIA MONJE*
Profesora Titular de Derecho Civil. UCM

RESUMEN. La cláusula de repudiación de la herencia se entiende referida a que la repudiación comporta la *imputación de la donación a la parte libre* porque el repudiante no llega a ser legitimario. Frente a la creencia mantenida por los repudiantes de que *el valor de lo donado debe imputarse a la legítima*. Y ello, porque la repudiación significa la voluntad de no heredar, pero no afecta a la cualidad de legitimario, que ha recibido la donación como legítima.

Los instituidos herederos que han repudiado la herencia, al renunciar a todos sus derechos en la herencia, no pueden ser tomados en consideración como legitimarios y el valor de la donación debe imputarse al tercio libre. Además, conforme al art. 1036 CC, la colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos «si el donatario repudiare la herencia, salvo el caso en que la donación deba reducirse por inoficiosa», y esto es lo que precisamente sucede en el caso objeto de análisis.

ABSTRACT. *The repudiation of inheritance clause is understood to refer to the fact that repudiation involves the attribution of the donation to the free party because the repudiator does not become legitimate. Faced with the belief maintained by the repudiators that the value of what was donated should be attributed to the legitimate. And this is because repudiation means the will not to inherit, but it does not affect the quality of the legitimator, who has received the donation as legitimate.*

* Número de investigador. Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2814-6701>

Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación «Derecho de daños. Derecho de la contratación» de la Universidad Complutense de Madrid, de cuyo equipo de investigación soy Directora.

The established heirs who have repudiated the inheritance, by renouncing all their rights in the inheritance, cannot be taken into consideration as legitimators and the value of the donation must be attributed to the free third. Furthermore, according to art. 1036 CC, the collation will not take place among the forced heirs “if the donee repudiates the inheritance, except in the case in which the donation must be reduced as inoffituous”, and this is precisely what happens in the case under analysis.

PALABRAS CLAVE: Repudiación de la herencia. Donación inoficiosa. Colación de donaciones.

KEYWORDS. *Repudiation of inheritance. Inofficial donation. Collation of donations.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA.—III. COLACIÓN DE DONACIONES.—IV. COMPUTACIÓN DE LAS DONACIONES EN RELACIÓN CON EL CÁLCULO DE LA LEGÍTIMA.—V. REDUCCIÓN DE DONACIONES POR INOFICIOSAS.—VI. ¿DEBE EL LEGITIMARIO QUE RENUNCIA A LA HERENCIA COMPUTAR EL VALOR DE LOS BIENES DONADOS EN LA LEGÍTIMA O EN EL TERCIO DE LIBRE DISPOSICIÓN?—VII. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS SU ANALOGÍA EN LA CLAÚSULA DE REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA.—VIII. CONSIDERACIÓN DEL VALOR DE LA DONACIÓN Y SU IMPUTACIÓN AL TERCIO LIBRE.—IX. CONCLUSIONES.—X. BIBLIOGRAFÍA.—XI. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—XII. ÍNDICE DE LEGISLACION CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

El tema objeto de comentario se centra en la STS de 18 de diciembre de 2024, cuya cuestión litigiosa analiza el problema de *la imputación de las donaciones hechas a los hijos que repudian la herencia en la que fueron instituidos testamentariamente por la causante a partes iguales junto con sus hermanos*.

II. REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA

La repudiación supone, como dice la SAP Pontevedra 135/2018, 21 de Mayo de 2018 *su no aceptación*, (que como se dirá exige manifestación expresa) no la voluntad de renunciar a lo que ya se aceptó, pues la aceptación, una vez hecha, expresa o tácitamente, es irrevocable (art. 997 CC) “La aceptación y la repudiación de la herencia, una vez hechas, son irrevocables, y no podrán ser impugnadas sino cuando adoleciesen de algunos de los vicios que anulan el consentimiento, o apareciese un testamento desconocido”.¹ Según la STS “se desprende la naturaleza jurídica de negocio jurídico unilateral no recepticio, al disponer que la aceptación y repudiación de la herencia son actos enteramente voluntarios y libres.”²

Dice el art. 991 CC que “nadie podrá aceptar ni repudiar sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar y de su derecho a la herencia.”

Por ello, como dice la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, (DGSF) de 1 de junio de 2020, toda renuncia de derechos hereditarios debe ser clara y expresa, y hallándose cierto el renunciante de los derechos a los que se renuncia.³

Para repudiar la herencia deben cumplirse los mismos caracteres y requisitos que para la aceptación de la herencia. El repudiante debe tener aptitud para el ejercicio de su capacidad, ser un acto enteramente voluntario y libre.

La repudiación exige siempre manifestación expresa; según el artículo 1008 del Código Civil y tras la modificación del precepto por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria “La repudiación de la herencia deberá hacerse ante Notario en instrumento público.” También cabe la repudiación ante quien ejerza funciones notariales, por ejemplo, ante un Cónsul español en el extranjero.

La Resolución de 14 de junio de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública⁴ recuerda, por lo que se refiere al carácter expreso de la renuncia,⁵ que *no es necesario que se emplee literalmente dicho término o el de «repudiación», a modo de fórmula sacramental.*

Como ya entendió el Tribunal Supremo, la repudiación de la herencia debe revestir *forma de acto notoriamente sustancial*, integrado por la declaración de la voluntad debidamente manifestada de quien es llamado a una concreta sucesión y precisa su correspondiente exteriorización para que pueda ser conocida por todos aquellos interesados en la sucesión de que se trate. Por todas, la STS de 11 de Julio de 2000.⁶

Una vez se realiza el acto formal de repudiación de la herencia los efectos se retrotraen siempre al momento de la muerte del causante, no podrá hacerse en parte, a plazo, ni condicionalmente, es irrevocable, etc.

Como indica la Resolución de 28 de noviembre de 2024, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública,⁷ alegado que hubo un error; la eficacia de la repudiación de la herencia sólo se ve alterada por la impugnación fundada en la existencia de algún vicio del consentimiento o en la aparición de un testamento desconocido, ineficacia que ha de hacerse valer mediante el ejercicio de la correspondiente acción, lo que no compete al registrador.⁸ No obstante, la STS de 28 de marzo de 2003⁹ afirmó, en relación con una repudiación de herencia respecto de la cual se alegaba su ineficacia por el error vicio en la declaración, que «la norma de irrevocabilidad de la aceptación y de la repudiación de la herencia, es una norma imperativa cuya aplicación no puede ser eludida por la parte una vez emitida la declaración de voluntad en que consiste, ni puede ser dejada sin efecto por actos o declaraciones de voluntad en contrario, cualquiera que sea la proximidad en el tiempo entre estos actos o declaraciones de voluntad y la repudiación de la herencia, y que el artículo 997 no establece distinción alguna a este respecto; de acuerdo con el texto legal, la eficacia de la repudiación de la herencia sólo se ve alterada por la impugnación fundada en la existencia de algún vicio del consentimiento o en la aparición de un testamento desconocido, ineficacia que ha de hacerse valer mediante el ejercicio de la correspondiente acción que aquí no ha sido utilizada».

La regla general para repudiar aparece en el artículo 992 CC, que dice que “Pueden aceptar o repudiar una herencia todos los que tienen la libre disposición de sus bienes.”

El legislador considera la repudiación como un acto dispositivo, esto es, se exige la capacidad máxima. Aunque hay casos particulares, que limitan esta facultad de aceptar o renunciar; por ejemplo, en el caso de los menores de edad no sujetos a tutela, esto es, los emancipados. En este supuesto, se ha discutido si pueden renunciar por sí solos ya que este supuesto no se contempla en el artículo 247 CC, que ahora tiene nueva redacción, (“La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus progenitores y, a falta de ambos, sin el de su defensor judicial.”), pero como el artículo 992 CC habla de tener la libre disposición de los bienes, debe defenderse que el menor necesitará el complemento de capacidad para renunciar.

Los menores no emancipados necesitan la representación legal de sus padres, o si sólo uno tiene la patria potestad, o, del defensor judicial si hay intereses contrapuestos entre los progenitores y el menor.

Otro supuesto distinto es el de la repudiación de la herencia deferida a menores, donde el Código Civil, art. 166, exige autorización judicial, al señalar que “Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferidos al hijo. Si el Juez denegase la autorización, la herencia sólo podrá ser aceptada a beneficio de inventario.” Ya la STS de 22 de abril de 2012, justificó esta exigencia del legislador con el argumento de que los actos de disposición deben tener causas de utilidad justificadas y se deben realizar previa autorización judicial con audiencia del Ministerio Fiscal. La autorización judicial no es un complemento de capacidad como ocurre en la emancipación o en la curatela, sino que es un elemento del acto de disposición, puesto que los padres solos no pueden efectuarlo. Siempre pensando en la protección de los intereses del menor.

En el supuesto de que los menores estén sometidos a tutela, esto es cuando los menores no emancipados estén en situación de desamparo o en el caso de los menores no emancipados no sujetos a patria potestad, se exige la autorización judicial para repudiar la herencia.

En el supuesto objeto de la Sentencia dos de los hijos de la causante son los que repudian la herencia, frente a otros tres hijos de la fallecida que la aceptan en su totalidad. Según consta en la propia sentencia “en atención a la escritura de repudiación de la herencia que otorgaron *renunciaron también a la condición de legitimarios*”.

Los términos de la renuncia fueron: «*repudian de forma expresa la herencia deferida, en consecuencia, no asumen el carácter de herederos (con efectos retroactivos a la apertura de la sucesión) y renuncian pura y simplemente, a cuantos derechos tanto en el ámbito subjetivo—título de heredero— como patrimonial—atribución de bienes y derechos— les puedan corresponder en la herencia con arreglo a lo dispuesto en los artículos 988 y siguientes del CC*».

En este supuesto al repudiar la herencia expresamente se renuncia a la condición de legitimarios, esto es a la legítima, una vez deferida la herencia a su favor.

Como hemos visto anteriormente, la renuncia a la legítima es irrevocable, lo que debe tenerse en cuenta para que no produzca, por error, efectos no deseados. Y, ¿Cuáles son los efectos de la renuncia a la legítima? En primer lugar, el incremento en la parte de los demás legitimarios. Y así lo reafirmó la STS de 10 de Julio de 2003,¹⁰ señalando que la renuncia producida abierta la sucesión es válida y quien renuncia, renuncia por sí y lo hace también por su stirpe y se *incrementan las cuotas que por legítima individual corresponden a los demás legitimarios por derecho propio* y no por derecho de acrecer. No es, pues, un supuesto de derecho de acrecer, es un incremento legal.

III. COLACIÓN DE DONACIONES

La colación de donaciones se produce normalmente cuando los padres hacen donaciones a sus hijos a lo largo de su vida. Si esas donaciones se han hecho “con obligación de colacionar”, significa que se han realizado como un anticipo de la herencia, por lo que se han realizado, no como una mejora, sino como un anticipo de la herencia y que, por tanto, a ese heredero se le habrá de restar en la herencia el valor de lo que se le ha donado previamente.

Cuestión distinta es que no proceda la colación cuando el donante así lo hubiese dispuesto expresamente, es la denominada dispensa de colación o cuando el donatario repudie la herencia, salvo que la donación resulte inoficiosa, art 1.036 CC.

IV. COMPUTACIÓN DE LAS DONACIONES EN RELACIÓN CON EL CÁLCULO DE LA LEGÍTIMA

La controversia de la sentencia gira en torno al hecho de que los demandados alegan que *la repudiación de la herencia no es pura y simple a todos los derechos que como legitimarios les corresponde, sino que es una renuncia limitada al título de heredero y a la atribución patrimonial que ello conlleva*”.

Como cada uno de ellos habían percibido de su madre por donación, un piso, su intención al repudiar la herencia era que *con la repudiación no perseguían la finalidad de no tener que colacionar la donación, por cuanto es consecuencia necesaria de la repudiación, pero no impide la aplicación del artículo 818 en cuanto a su computación en orden a la forma de calcular la legítima y la imputación de las donaciones efectuadas en vida por la madre de los demandados*.

La demandante sostiene que esas donaciones solo pueden realizarse de la legítima y de la porción libre a efectos de saber si resulta o no inoficiosa, esto es, que no se prescinde de ella en el inventario general de los bienes de la causante para importarlas a donde corresponda

V. REDUCCIÓN DE DONACIONES POR INOFICIOSAS

Las donaciones inoficiosas son aquellas que se hacen *inter vivos* y que exceden de la cantidad de la que podría disponer en su testamento el donante. Es decir,

son donaciones que perjudican la legítima que les corresponde a los herederos forzosos. Así lo establece el Código civil, en su art. 636, al señalar que “No obstante lo dispuesto en el artículo 634, ninguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento. La donación será inoficiosa en todo lo que exceda de esta medida.”¹¹

Como es sabido, cuando una donación resulta inoficiosa, se tiene que reducir en la medida necesaria para respetar los derechos de los demás herederos legítimos.

Aunque ello no impide que la donación sea plenamente válida durante la vida del donante, y para que el donatario reciba los frutos de la misma durante ese tiempo. Así lo establece el artículo 654 CC: “Las donaciones que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 636, sean inoficiosas computado el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte, deberán ser reducidas en cuanto al exceso; pero esta reducción no obstará para que tengan efecto durante la vida del donante y para que el donatario haga suyos los frutos. Para la reducción de las donaciones se estará a lo dispuesto en este capítulo y en los artículos 820 y 821 del presente Código.”

Y en el momento del fallecimiento del causante y apertura de la herencia, los demás herederos con derecho a la legítima o a una parte alícuota de la herencia, así como sus herederos o causahabientes, conforme al artículo 655 CC, podrán solicitar la reducción de la donación inoficiosa, con estos términos “sólo podrán pedir reducción de las donaciones aquellos que tengan derecho a legítima o a una parte alícuota de la herencia, y sus herederos o causahabientes. Los comprendidos en el párrafo anterior no podrán renunciar su derecho durante la vida del donante, ni por declaración expresa, ni prestando su consentimiento a la donación. Los donatarios, los legatarios que no lo sean de parte alícuota y los acreedores del difunto, no podrán pedir la reducción ni aprovecharse de ella.”

Estas personas no pueden renunciar a su derecho en vida del donante, ni declarándolo expresamente, ni consintiendo la donación, según el mismo precepto.

Además, el artículo 817 CC establece lo siguiente: “Las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas.”

Y, ¿cómo se reducen las donaciones inoficiosas? La persona que ha recibido una donación inoficiosa puede pagar en dinero líquido la diferencia del exceso a los herederos cuya legítima ha sido lesionada.

Y, esto es lo que declaró la Audiencia Provincial, en el supuesto de la sentencia, la declaración de

- a) inoficiosa la donación de fecha 31 de enero de 1995, autorizada por quien entonces fuera Notario de Benaguasil Juan-Francisco Herrera Canturri (n.º protocolo 118), por la que Trinidad donó a Marcos la vivienda de Benaguasil (hoy registral NUM000 del Registro de esa localidad), y a Bernardo la vivienda del mismo edificio (hoy registral NUM001) y a ambos por partes iguales el local en planta baja del citado inmueble (hoy registral 13320);
- b) declara que dicha donación ha de ser reducida mediante pago en metálico de la cantidad de 127 580,30 €, a favor del caudal hereditario partible de la herencia causada por Trinidad y aceptada por sus herederos Efrain,

- Coral, Carlos Jesús y Edemiro, los dos primeros por cabezas y los dos últimos por estirpes;
- c) en pago de dicha cantidad, condena a
- Marcos a pagar a los actores, como herederos de su madre Trinidad, la cantidad de 66 443,82 €, más los intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda; en pago de la cantidad referida en el apartado
 - a Bernardo a pagar a los actores, como herederos de su madre Trinidad, la cantidad de 61 136,48 €, más los intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda.

VI. ¿DEBE EL LEGITIMARIO QUE RENUNCIA A LA HERENCIA COMPUTAR EL VALOR DE LOS BIENES DONADOS EN LA LEGÍTIMA O EN EL TERCIO DE LIBRE DISPOSICIÓN?

La primera crítica que realiza la Audiencia de la sentencia de Instancia se centra en que cita como referente la sentencia del TS de 17 de septiembre de 2019,¹² e inserta parte de su fundamentación, sin embargo, no aborda la cuestión controvertida de si el legitimario que renuncia a la herencia y ha recibido por donación bienes debe traer su valor para computar la legítima y en su caso, si debe distribuirse entre el resto de legitimarios o, por el contrario, también entre los renunciantes, y de haber exceso importarlo al tercio de libre disposición.

La Audiencia entiende que al repudiar la herencia *renuncian a toda atribución patrimonial de la herencia, entre la que se incluye dentro de la totalidad la correspondiente a la legítima, dos tercios de la herencia* (artículo 1281 del CC en cuanto a la interpretación y aprecia que sus términos son claros y no dejan duda sobre la intención y se estará al sentido literal de sus cláusulas)

Afirma además, que la escritura de donación otorgada en fecha 31 de enero de 1995 en favor de los demandados cuyo objeto era los inmuebles descritos en la demanda *no contempla dispensa de colacionar* por lo que se trata como dispone la estipulación primera de una donación pura y simple, y de conformidad con el artículo 654 del CC en relación con el artículo 636 del CC que sanciona “Que ninguno podrá dar o recibir por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento, y que la donación será inoficiosa en todo lo que exceda de esta medida”, y el 654 que dispone: “Las donaciones que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 636, sean inoficiosas computando el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte, deberán ser reducidas en cuanto al exceso; pero esta reducción no obstará para que tenga efecto durante la vida del donante y para que el donatario haga suyo los frutos”. En resumen, se consideran donaciones inoficiosas

Y, por ello, de conformidad con el artículo 820 del CC *la reducción se hará una vez fijada la legítima*, de modo que en primer lugar se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o anulando, si necesario fuese, las mandas hechas en testamento y en segundo lugar, la reducción de la legítima se hará a prorrata, sin distinción alguna.

La parte apelada sostiene que sí cabe colacionar no el bien sino el valor de lo donado para el cómputo de la legítima que deberá distribuirse una vez fijado el caudal entre todos los legitimarios, sin embargo, parte de que la renuncia a la herencia de un legitimario no afecta a su derecho a la legítima y que una vez determinado el caudal hereditario, la porción de legítima, 2/3 deberá atribuirse entre todos los herederos forzosos, incluyendo a los que han repudiado la herencia.

La Audiencia es contraria a este criterio porque va en contra de la pacífica doctrina de los tribunales de que *la renuncia de un legitimario a la herencia se extiende a todos los derechos que dimanar de la herencia* y que, en ese caso, *el valor de lo donado se imputará al tercio de libre disposición y si hay exceso se reducirá al afectar al cómputo de la legítima*.

Las alegaciones de la parte demandada no son compartidas por el tribunal, expone que la renuncia no afecta a los derechos legitimarios pero sí al resto de derechos que como heredero le pueda corresponder, y como quiera que *la reducción de la donación solo afecta al cómputo de la legítima*, artículo 818 del CC, y que no existe norma sobre la atribución entre herederos forzosos de la porción de la legítima cuando concurre repudiación de la herencia por parte de alguno de ellos, debe aplicarse el artículo 985 párrafo segundo del CC que dispone que *entre herederos forzosos si se repudia la legítima, sucederán los coherederos por su derecho propio*».

VII. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS SU ANALOGÍA EN LA CLAÚSULA DE REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA

El Alto Tribunal insiste en que es consolidada doctrina jurisprudencial sobre el ámbito del control en casación de la interpretación de los contratos, extensible a otros actos jurídicos como el que nos ocupa, que *la interpretación constituye una función de los tribunales de instancia, que ha de prevalecer y no puede ser revisada en casación, salvo cuando sea contraria a alguna de las normas legales que regula la interpretación de los contratos o se demuestre su carácter manifiestamente ilógico, irracional o arbitrario*.

Se insiste en que cuando los términos son claros y no dejan duda alguna sobre la intención de los contratantes, *la interpretación literal* impide que, con el pretexto de la labor interpretativa, se pueda modificar una declaración que realmente resulta clara y precisa. A ello responde la regla contenida en el párrafo primero del art. 1281 CC (*«si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas»*).

La STS de 18 de noviembre de 2024,¹³ recuerda la doctrina de la sala, con cita de otras sentencias anteriores como la de 17 de abril de 2015,¹⁴ o la de 23 de julio de 2013¹⁵, y 294/2012, de 18 de mayo de 2012¹⁶).

En este caso la interpretación de la sentencia recurrida no puede calificarse de arbitraria, absurda e ilógica, dada la amplitud con la que está redactada la cláusula, *en la que se habla tanto de repudiación de la herencia como de renuncia de derechos*, y se alude tanto a los efectos retroactivos a la apertura de la sucesión como a la renuncia en el ámbito patrimonial a la atribución de cuantos bienes y derechos pudieran corresponderles «en la herencia» de la madre.

Los recurrentes sostienen que no puede considerarse al legitimario que repudia como un extraño a efectos del art. 819 CC porque se puede repudiar la herencia y aceptar un legado a través del cual se reciba la legítima, por lo que consideran que no se ve inconveniente en que se reciban donaciones a cuenta de la legítima y repudiar la herencia, sin que ello cambie la imputación de la donación.

Por otro lado, argumentan que si se imputa como hace la sentencia recurrida la donación a la parte libre, se restringe el margen de libre disposición del causante, sin que haya ningún precepto que establezca esa regla de imputación.

Pues bien, el Alto Tribunal concreta que la cuestión objeto del recurso no recibe una solución expresa en el Código civil y se han mantenido posturas diferentes en primera y en segunda instancia.

- Según una primera tesis, *el valor de lo donado al repudiante debe imputarse a la legítima*, porque la repudiación significa la voluntad de no heredar, pero no afecta a la cualidad de legitimario, que ha recibido la donación como legítima (postura del Juzgado de primera Instancia y la mantenida por los donatarios demandados ahora recurrentes).
- Según una segunda tesis, que es seguida por la Audiencia Provincial, la repudiación comporta la imputación de la donación a la parte libre porque el repudiante no llega a ser legitimario (esta es la postura de los demandantes recurridos en casación).

Pues bien, el Alto Tribunal entiende que, partiendo de la interpretación efectuada de la cláusula de repudiación, esta segunda interpretación es preferible, y resulta coherente con la estructura de la denominada sucesión forzosa.

El argumento de que se puede repudiar la herencia y aceptar un legado (art. 890.II CC), y, por medio de un legado se puede percibir la legítima (art. 815 CC) no permite concluir que, repudiada la herencia también la donación cuente como legítima y deba imputarse a ese tercio, ya que en el caso del legado es su aceptación lo que hace que no se pierda la condición de legitimario.

VIII. CONSIDERACIÓN DEL VALOR DE LA DONACIÓN Y SU IMPUTACIÓN AL TERCIO LIBRE

En nuestro supuesto está claro que los donatarios lo son en vida de la causante. La legítima se puede percibir por cualquier título (art. 815 CC), pero la condición de legitimario nace con la muerte del causante, que es el momento relevante para fijar la legítima y al que debe referirse la imputación (art. 989 CC). Y es, en ese momento, cuando los donatarios repudian la herencia y al renunciar a todos sus derechos en la herencia *no llegaron a adquirir la cualidad de legitimarios* y nada se puede imputar a su inexistente legítima.

Por otro lado, está la cuestión de la inoficiosidad de las donaciones a la que nos hemos referido con anterioridad. No hay una norma específica en el Código civil, en relación con la imputación de lo donado. Pero teniendo en cuenta lo señalado en el art. 819.I CC que ordena que «las donaciones hechas a los hijos, que no tengan el concepto de mejoras, se imputarán en su legítima», y «su» legítima presupone obviamente que adquieren la condición de legitimarios; y, el contenido del art. 819.II CC, que ordena que se imputen a la parte libre las donaciones he-

chas a «extraños», comprende a todos aquellos que no resulten legitimarios, hace concluir que en el caso de repudiación de la herencia, y, por consiguiente, cuando no ostenta la condición de legitimario, presupone que en definitiva, *la repudiación de la herencia se entiende referida a que comporta la imputación de la donación a la parte libre porque el repudiante no llega a ser legitimario*.

Aunque los recurrentes alegan que este criterio de imputación al tercio libre podría *limitar la facultad dispositiva del causante*, al ocupar la parte libre de la que puede disponer. No obstante, en el supuesto objeto de análisis no hay extraños a los que se les vaya a privar de recibir ese tercio. Si los hubiera cabría salvaguardar sus derechos evitando una repudiación en contra de sus intereses posibilitándose la vía de reducción de lo donado si la renuncia hubiera sido fraudulenta.

El TS considera que no es posible mantener la tesis de que pese a la repudiación de la herencia en la que fueron instituidos los donatarios, conservan la cualidad de legitimarios a efectos de poder imputar las donaciones recibidas en vida. Y ello porque supondría un perjuicio hacia los demás legitimarios instituidos que sí han aceptado la herencia, porque se reduciría la cuantía de su legítima individual. No olvidemos que la regla es que, si la parte repudiada es la legítima, suceden en ella los coherederos por derecho propio (art. 985.II CC).

Son los donatarios repudiantes quienes, de manera voluntaria y libre repudiaron la herencia y renunciaron a sus derechos en ella, y por eso no pueden unilateralmente pretender que su renuncia a cuantos derechos les corresponda en la herencia de la madre se interprete en el sentido de continuar siendo legitimarios porque su renuncia solo lo es para lo que les pudiera corresponder en su caso de más en la herencia. Y esto es lo que precisamente no puede condicionar la facultad dispositiva de la causante quien precisamente: ni ordenó que las donaciones se imputaran al pago de la legítima, ni les ha atribuido el carácter de mejora (lo que permitiría imputar lo donado al tercio de mejora, aunque se repudiara la institución de heredero, cfr. arts. 833, 819 y 825 CC). Sino que su voluntad, que está fuera de toda duda, fue instituir herederos a partes iguales a sus cinco hijos.

El Alto Tribunal da la razón a la Audiencia Provincial quien en su sentencia concreta que los instituidos herederos que han repudiado la herencia, al renunciar a todos sus derechos en la herencia, no pueden ser tomados en consideración como legitimarios y el valor de la donación debe imputarse al tercio libre. Conforme al art. 1036 CC, la colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos «si el donatario repudiare la herencia, salvo el caso en que la donación deba reducirse por inoficiosa», y esto es lo que sucede en el caso.

IX. CONCLUSIONES

- I. La colación de donaciones se produce normalmente cuando los padres hacen donaciones a sus hijos a lo largo de su vida. Las donaciones se realizaron “con obligación de colacionar”, lo que significa que se han realizado, no como una mejora, sino como un anticipo de la herencia y que, por tanto, a ese heredero se le habrá de restar en la herencia el valor de lo que se le ha donado previamente.

- II. Los dos hijos donatarios de la causante son los que repudian la herencia, frente a otros tres hijos de la fallecida que la aceptan en su totalidad. Al repudiar la herencia expresamente renuncian a la condición de legitimarios, esto es a la legítima, una vez deferida la herencia a su favor. La renuncia a la legítima es irrevocable, y origina como efecto fundamental el incremento legal en la parte de los demás legitimarios. Los instituidos herederos que han repudiado la herencia, al renunciar a todos sus derechos en la herencia, no pueden ser tomados en consideración como legitimarios y el valor de la donación debe imputarse al tercio libre.
- III. Conforme al art. 1036 CC, la colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos «si el donatario repudiare la herencia, salvo el caso en que la donación deba reducirse por inoficiosa», y esto es lo que precisamente sucede en el caso objeto de análisis.

Al resultar inoficiosa las donaciones se tienen que reducir en la medida necesaria para respetar los derechos de los demás herederos legitimarios. Aunque ello no impide que la donación sea plenamente válida durante la vida del donante, y para que el donatario reciba los frutos de la misma durante ese tiempo. Pero en el momento del fallecimiento de la causante y apertura de la herencia, los demás herederos con derecho a la legítima conforme al artículo 655 CC, podrán solicitar la reducción de la donación inoficiosa, pudiendo reducirse, a petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas (art. 817 CC)

IX. BIBLIOGRAFÍA

- FAUS PUJOL, Manuel: *Práctico Sucesiones* (Enero 2025). <https://app.vlex.com/vid/657250065>
- GARCÍA PÉREZ, Rosa: *La acción de reducción de donaciones inoficiosas*. Tirant. Valencia 2004.

XI. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 18 de diciembre de 2024. N.º de Recurso: 9585/2021. N.º de Resolución: 1705/2024. Ponente: María de los Ángeles Parra Lucán. Roj: STS 6151/2024. ECLI:ES:TS:2024:6151. Id Cendoj: 28079110012024101646.
- STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 17 de abril de 2015. Número Sentencia: 196/2015 Número Recurso: 1151/2013. Ponente: Ignacio Sancho Gargallo.
- STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 23 de julio de 2013. Número Sentencia: 524/2013 Número Recurso: 638/2010. Ponente: Rafael Sarazá Jimena.

- STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 18 de mayo de 2012. Número Sentencia: 294/2012 Número Recurso: 185/2010. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno.
- STS Sala: Primera. Sección: Primera de 10 de julio de 2003. Número Sentencia: 715/2003 Número Recurso: 3541/1997. Ponente: D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.
- STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 28 de marzo de 2003. Número Sentencia: 295/2003 Número Recurso: 2396/1997. Ponente: Pedro González Poveda
- STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 20 de enero de 1998. Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz. Documento TOL6.593
- Resolución de 28 de noviembre de 2024, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2024-27058
- Resolución de 14 de junio de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-15997
- Resolución de 1 de junio de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-7657>

X. ÍNDICE DE LEGISLACIÓN CITADA

- Código Civil
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria

NOTAS

¹ FAUS PUJOL, Manuel: *Práctico Sucesiones* (Enero 2025). <https://app.vlex.com/vid/657250065>

² STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 20 de enero de 1998. Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz. Documento TOL6.593

³ Resolución de 1 de junio de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de La Coruña n.º 3, por la que se deniega la inscripción de una escritura de aceptación de herencia y de una segregación al figurar inscritas las fincas a nombre de persona distinta de los causantes y existir una sustitución fideicomisaria en virtud de la cual las mismas no han entrado en su patrimonio. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-7657>

⁴ Resolución de 14 de junio de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Bilbao n.º 3, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación de herencia. «BOE» núm. 163, de 10 de julio de 2023.

⁵ Como ha entendido el Tribunal Supremo en la Sentencia de 23 de noviembre de 1999, «la repudiación de la herencia debe revestir forma de acto notoriamente sustancial, integrado por la declaración de la voluntad debidamente manifestada de quien es llamado a una concreta sucesión y precisa su correspondiente exteriorización para que pueda ser conocida por todos aquellos interesados en la sucesión de que se trate (SS. de 24-12-1909, 9-2-1992 y 4-2-1994) (...)».

⁶ Como dice la Resolución de 14 de junio de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública Y respecto de la forma documental exigida, esta misma Sentencia —en la línea de las Sentencias de 11 de junio de 1955 y 9 de diciembre de 1992 y con criterio reiterado por la Sentencia de 11 de julio de 2000— añade que no es necesario que «el documento auténtico sea documento público, pero sí que se trate de documento que indubitadamente proceda del renunciante». Cuestión distinta es que, para surtir efectos en relación con el Registro de la Propiedad, la repudiación haya de colmar la forma pública que exige el referido artículo 1280 del Código Civil (cfr., por todas, la Resolución de este Centro Directivo de 19 de octubre de 2011).

⁷ Resolución de 28 de noviembre de 2024, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Alicante n.º 1 a inscribir una escritura de aceptación y adjudicación de herencia. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2024-27058

⁸ Señala la RDGSJFP que según la jurisprudencia, la irrevocabilidad de la aceptación y de la repudiación de la herencia está inspirada en la máxima de Derecho romano «semel heres, semper heres», mantenida en nuestro Derecho tradicional por Las Partidas (cfr. Leyes 11, 18 y 20 del título VI de la Sexta Partida), de tal suerte que una vez realizado el acto de la aceptación en alguna de las formas autorizadas por los artículos 998 y 999, será ineficaz la posterior renuncia, porque la ley no consiente que de modo temporal se asuma la cualidad de heredero. Así, con la finalidad de evitar situaciones de temporalidad en los herederos, el citado artículo 997 establece que la repudiación de la herencia, al igual que ocurre con la aceptación, una vez realizada es irrevocable (STS de 23 de mayo de 1955, 12 de mayo de 1981, 15 de noviembre de 1985, 4 de febrero de 1994 y 28 de marzo de 2003, entre otras). Además, cabe recordar la máxima jurídica que impide contradecir los propios actos STS de 24 de junio de 1964).

Por otra parte, el mismo artículo 997 del Código Civil, al admitir la impugnación de la repudiación por vicio en el consentimiento, remite, según la posición asumida doctrinal y ju-

risprudencialmente, al régimen de los vicios del consentimiento en los negocios «inter vivos», lo que incluiría como causa de ineficacia el error vicio (artículos 1265 y 1266 del Código Civil y 461-10, Libro IV Código Civil de Cataluña), y ese error, como vicio, sería determinante de la anulabilidad de la repudiación —o de la aceptación— (artículo 1300 del Código Civil), siendo conocido que un negocio jurídico anulable es válido mientras no se declare su ineficacia judicialmente.

⁹ La repudiación afecta a la totalidad del caudal hereditario, sea o no conocido por el que repudia la herencia; no se puede realizar de forma parcial, respecto de unos bienes sí y de otros no; a lo que se renuncia es a la condición de heredero, no a la titularidad de todos o cada uno de los bienes que integran el as hereditario.

STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 28 de marzo de 2003. Número Sentencia: 295/2003 Número Recurso: 2396/1997. Ponente: Pedro González Poveda

¹⁰ STS Sala: Primera. Sección: Primera de 10 de julio de 2003. Número Sentencia: 715/2003 Número Recurso: 3541/1997. Ponente: D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez. No procede derecho de sustitución sobre herencia al renunciar tras la apertura de la sucesión el legitimario del cual derivaría tal derecho.

¹¹ GARCÍA PÉREZ, Rosa: *La acción de reducción de donaciones inoficiosas*. Tirant. Valencia 2004. “El testador no puede disponer de su *herencia* futura por encima del límite cuantitativo, conforme al artículo 806 y el donante no puede hacer donaciones de su patrimonio que rebasen el límite de las legítimas (artículo 636), aunque puede disponer a favor de un legitimario tanto por acto entre vivos como de última voluntad, en tanto en cuanto no perjudique a otro. El testador no puede disponer limitando cualitativamente el *mínimum* garantizado por la Ley al legitimario; el donante plantea la cuestión, pues el artículo 813-2 no está redactado para el donante, sino para el testador, más el artículo 654 se refiere al 636 y éste al 813-2 y al 806 y concordantes» Se trata, por tanto, de averiguar si, cuando entre las liberalidades que exceden del tercio de libre disposición se encuentran algunas que restringen el pleno disfrute y disponibilidad de lo asignado como legítima, la acción de reducción garantiza no sólo la integridad cuantitativa de la legítima sino también la cualitativa, de modo que el sujeto pasivo de la acción vendrá determinado por aquel de los beneficiarios de estos actos de disposición gratuitos que pueda prestar el complemento, aunque no coincida con aquél sobre el que la ley hace recaer la reducción. De este modo, el legitimario al tiempo que hace valer la lesión cuantitativa de la legítima obtiene la integridad cualitativa de la misma.”

¹² STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 17 de septiembre de 2019. Número Sentencia: 468/2019 Número Recurso: 3575/2016. Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg. Numroj: STS 2854:2019. Ecli: ES:TS:2019:2854

¹³ STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 18 de noviembre de 2024. Número Sentencia: 1542/2024 Número Recurso: 5956/2019. Ponente: Pedro José Vela Torres. Numroj: STS 5779:2024. Ecli: ES:TS:2024:5779. Sentencia que analiza la cláusula en un contrato de arras, que indicaba que *la señal se devolverá sin penalización al comprador y la vendedora no será considerada incumplidora por lo que no tendrá que devolver el duplo de las arras*.

Señaló la STS que “el principio rector de la labor de interpretación del contrato es la averiguación o búsqueda de la voluntad real o efectivamente querida por las partes. Para ello, el sentido literal, como criterio hermenéutico, es el presupuesto inicial, en cuanto que constituye el punto de partida desde el que se atribuye sentido a las declaraciones realizadas, se indaga la concreta intención de los contratantes y se ajusta o delimita el propósito negocial proyectado en el contrato.

Cuando los términos son claros y no dejan duda alguna sobre la intención de los contratantes, la interpretación literal impide que, con el pretexto de la labor interpretativa, se pueda modificar una declaración que realmente resulta clara y precisa. A ello responde la regla contenida en el párrafo primero del art. 1281 CC («si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas»).

A *sensu contrario*, la interpretación literal también contribuye a mostrar que el contrato por su falta de claridad, por la existencia de contradicciones o vacíos, o por la propia conducta de los contratantes, contiene disposiciones interpretables, de suerte que la labor de interpretación debe seguir su curso, con los criterios hermenéuticos a su alcance (arts. 1282–1289 CC), para poder dotar a aquellas disposiciones de un sentido acorde con la intención realmente querida por las partes y con lo dispuesto imperativamente en el orden contractual.”

¹⁴ Las reglas legales de interpretación de los contratos, de conformidad con la finalidad de la interpretación, que es la averiguación o búsqueda de la voluntad real o efectivamente querida por las partes, y que se proyecta sobre la totalidad del contrato celebrado, considerado como una unidad lógica y no como una mera suma de cláusulas. Cuando los términos son claros y no dejan duda alguna sobre la intención de los contratantes, la interpretación literal no sólo es el punto de partida sino también el de llegada del fenómeno interpretativo, e impide que, con el pretexto de la labor interpretativa, se pueda modificar una declaración que realmente resulta clara y precisa (artículo 1281 CC). Pero, en otro caso, la interpretación literal también contribuye a mostrar que el contrato por su falta de claridad, por la existencia de contradicciones o vacíos, o por la propia conducta de los contratantes, contiene disposiciones interpretables, de suerte que la labor de interpretación debe seguir su curso, con los criterios hermenéuticos a su alcance (artículos 1282-1289 CC), para poder dotar a aquellas disposiciones de un sentido acorde con la intención realmente querida por las partes y con lo dispuesto imperativamente en el orden contractual.

STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 17 de abril de 2015. Número Sentencia: 196/2015 Número Recurso: 1151/2013. Ponente: Ignacio Sancho Gargallo.

¹⁵ La revisión de la interpretación de los contratos en casación: solo procede cuando se demuestre su carácter manifiestamente ilógico, irracional o arbitrario o se incurra en infracción normativa.

STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 23 de julio de 2013. Número Sentencia: 524/2013 Número Recurso: 638/2010. Ponente: Rafael Sarazá Jimena.

¹⁶ STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 18 de mayo de 2012. Número Sentencia: 294/2012 Número Recurso: 185/2010. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno.

1.5. Obligaciones y contratos

Contrato de seguro: la doctrina del TS en materia de cláusulas delimitadoras del riesgo y limitativas de derechos

Insurance contract: the Supreme Court's doctrine on clauses delimiting risk and limiting rights

por

ROBERT REINHART SCHULLER

*Investigador predoctoral en formación FPI-UR/CAR 2022
Universidad de La Rioja*

RESUMEN: El contrato de seguro constituye una de las herramientas más eficaces para proteger los intereses de las personas. El art.3 de la LCS ha dado lugar a una amplia jurisprudencia, la cual ha perfilado los conceptos de cláusula limitativa de derechos y cláusula delimitadora del riesgo. Sin embargo, desde un punto de vista casuístico las diferencias no son tan nítidas. Corresponde entonces explorar la doctrina del TS para extraer los puntos más relevantes.

ABSTRACT: *The insurance contract is one of the most effective tools to protect the interests of individuals. Article 3 of the LCS has given rise to a wide range of jurisprudence, which has outlined the concepts of clause limiting rights and clause delimiting risk. However, from a case-by-case point of view the differences are not so clear. It is therefore necessary to explore the doctrine of the TS to extract the most relevant points.*

PALABRAS CLAVE: Contrato de seguro, cláusulas delimitadoras del riesgo, cláusulas limitativas de derechos, transparencia, cláusulas sorprendentes, contenido natural.

KEYWORDS: *Insurance contract, risk delimiting clauses, clauses limiting rights, transparency, surprising clauses, natural content.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PRIMERAS SENTENCIAS DEL TS — III. DELIMITACIÓN DEL RIESGO.—IV. CLÁUSULAS LIMITATIVAS: FUNDAMENTO Y CONCEPTO: 1. ¿POR QUIÉN DEBE ACEPTARSE? 2. SUPUESTOS LESIVOS. 3. ACCIDENTES.—V. CLÁUSULAS LESIVAS.—VI. CLAIM MADE—VII. CONCLUSIONES.—VIII. JURISPRUDENCIA.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La información para la perfección del contrato del seguro constituye una pieza fundamental en orden a determinar el alcance y la protección del asegurado¹.

La jurisprudencia en materia de seguros ha sido vasta, sin embargo, este comentario se centrará en la problemática distinción entre las cláusulas limitativas de derechos y delimitadoras del riesgo. Para ello se propone el estudio de la doctrina del TS en la materia, lo cual permitirá desarrollar una serie de conclusiones en relación con la casuística planteada por la litigiosidad que ofrece esta parte del Derecho de los seguros. Cabe realzar que, aunque desde un prisma teórico la distinción parece clara, el TS ha manifestado que en la práctica dicha diferenciación no es ni nítida ni absoluta².

La protección del asegurado, en orden a determinar la validez de lo pactado, puede provenir de diversas fuentes normativas. La Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, y otras normas específicas que pudiera haber para un sector concreto. Estos preceptos, desde diversas perspectivas, coadyuvan a determinar la validez de las cláusulas pactadas; determinación esta que normalmente ocurre una vez surge el hecho asegurado. En otras palabras, se verifica que el tomador o asegurado hubiera recibido la información conforme a la normativa en cuestión, de modo que este tuviera un conocimiento sobre el alcance de su seguro. Es decir, a qué tiene derecho a cambio de la prima que abona. Con lo cual, corresponde indagar, en estos casos, la información precontractual y contractual, recibida a través de distintos documentos.

A continuación, se analizará la jurisprudencia del TS con relación al art.3 de la LCS. En este precepto se establece que: *“Las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito.*

Las condiciones generales del contrato estarán sometidas a la vigilancia de la Administración Pública en los términos previstos por la Ley.

Declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración Pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas”.

I. PRIMERAS SENTENCIAS DEL TS

Entre las sentencias más antiguas, disponibles en bases de datos, se pone de relieve esta distinción a la hora de analizar un seguro de responsabilidad civil, en STS de 18 de septiembre de 1999, por fallecimiento de varios trabajadores, donde la empresa solicita a la aseguradora la correspondiente indemnización. El TS

recuerda que, en los contratos de seguro, de responsabilidad civil, los asalariados del asegurado no tienen la condición de terceros a efectos del seguro, y que, salvo pacto en contrario, la compañía aseguradora no está obligada a indemnizar los daños causados a los trabajadores. La clave del supuesto de hecho que se analiza, según el TS, se basa en determinar cuáles son los efectos de las condiciones, del contrato de seguro, puestas en tela de juicio. Con lo cual, sostiene que procede a identificar, según los casos, entre cláusulas destinadas a delimitar el riesgo y las que restringen los derechos del asegurado. Recuerda, con mención de otras sentencias, que la exigencia de aceptación por escrita, según el art.3 de la LCS, se refiere únicamente a las cláusulas que limitan los derechos de los asegurados. En cambio, dicho requisito no alcanza a las cláusulas que definen y delimitan la cobertura del seguro. En el caso concreto, se califica como condición limitativa a la condición general que: *“los daños corporales y/o materiales causados a los socios o asalariados del asegurado en su actuación profesional al servicio del mismo”*³.

La precisión y construcción doctrinal se producirá paulatinamente, pues inicialmente se observa una cierta vaguedad en la doctrina del TS. En la STS de 21 de mayo de 1996 se estipula que: *“Pero también lo es que una doctrina reiterada de esta Sala viene proclamando que los riesgos excluidos habrán de ser expresados de una manera clara y precisa, además de destacarse en la póliza del contrato o en un documento complementario “suscrito por el asegurado” (S. 17 Octubre 1.985), siendo lícita y oponible al tercero ofendido o perjudicado la estipulación de cláusulas de limitación de la responsabilidad del asegurador, respecto a concretos y específicos riesgos siempre y cuando dichas cláusulas se resalten en las pólizas o en sus complementos, se den a conocer al asegurado, este las acepte, y, finalmente, las suscriba (SS. 16 Febrero 1987, 15 Abril y 14 Mayo 1988). Lo que no sucede en el supuesto que nos ocupa”*⁴.

II. DELIMITACIÓN DEL RIESGO

Las cláusulas de delimitación del riesgo se circunscriben al objeto del contrato. Este hecho hace remitirse a numerosos preceptos de la LCS, los cuales especifican que debe entenderse por objeto del contrato en general y, en ocasiones, objeto de un contrato de seguro específico⁵. A raíz de la ya archiconocida distinción entre cláusula limitativa de derechos y delimitadora del riesgo, se especifica en la STS 270/2007 de 5 de marzo que: *“Las cláusulas delimitadoras del riesgo son, pues, aquellas mediante las cuales se concreta el objeto del contrato, fijando qué riesgos, en caso de producirse, por constituir el objeto del seguro, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación, y en la aseguradora el recíproco deber de atenderla. La jurisprudencia mayoritaria declara que son cláusulas delimitativas aquellas que determinan qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial (SSTS 2 de febrero 2001; 14 mayo 2004; 17 marzo 2006). Ello permite distinguir lo que es la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada o contratada, de las cláusulas del contrato que limitan los derechos de los asegurados, una vez ya se ha concretado el objeto del seguro, por cuanto nada tienen que ver con estas, sino con las delimitativas, en cuanto pertenecen al ámbito de la autonomía de la voluntad, constituyen la causa del contrato y el régimen de los dere-*

chos y obligaciones del asegurador, y no están sujetas a los requisitos impuestos por la Ley a las limitativas, conforme el art. 3, puesto que la exigencia de este precepto no se refiere a una condición general o a sus cláusulas excluyentes de responsabilidad de la aseguradora, sino a aquéllas que son limitativas de los derechos del asegurado (STS 5 de marzo 2003, y las que en ella se citan)".

A pesar de la aparente sencillez de esta definición, la asombrosa cantidad de supuestos de hecho recogidos en las bases de datos, con sus respectivas disertaciones, demuestran que existen numerosas excepciones a la definición citada *ut supra*. Pues tal como se observará, la práctica comercial y la expectativa de las partes, ha supuesto un argumento para tener en cuenta en orden a discernir entre ambos supuestos.

Otro de los factores que ha podido contribuir a la confusión entre ambos tipos de cláusulas ha consistido en la vertiente de la doble determinación. Ejemplo de ello es la STS 718/2003 de 7 de julio, donde se señala que: "*Las condiciones (rectius, cláusulas contractuales) particulares, especiales y generales del contrato señalan el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura de forma positiva —determinados daños— y de forma negativa —ciertos daños o, mejor, ciertas causas del daño— quedando así delimitado el riesgo*"⁶. Es ese rasgo negativo el que conduce a una posible indeterminación respecto de la cualidad de la cláusula en cuestión. Por otro lado, es relevante que en otros supuestos se ha manifestado: "*A este respecto es interesante destacar la declaración contenida en Sentencia de 26 de Febrero de 1997, que se recoge en el motivo del recurso, cuando manifiesta que cualquier cláusula que limite, reduzca o excluya algún supuesto dentro de uno u otro de los riesgos, si se produce el siniestro, debe ser considerada como cláusula limitativa*"⁷. Permite esta manifestación concluir que la delimitación del riesgo consiste en determinar aquello que es objeto de cobertura, mientras que cualquier condición que afecte a tal objeto tendrá la consideración de limitativa.

Constituye cláusula delimitadora y no limitadora el supuesto de hecho de delimitación geográfica. El contenido de la cláusula en cuestión era el siguiente: "*La garantía de este seguro se extiende y limita a las responsabilidades derivadas de daños sobrevenidos en territorio español y reclamados o reconocidos por Tribunales españoles*"⁸. Dice el TS: "*excluyente de los hechos que tengan lugar en el extranjero, resultando eficaces y obligatorias para las partes que las asumieron, por no atentar contra norma imperativa alguna, lo que no sucede con las cláusulas limitativas no aceptadas expresamente, pues resultan carentes de fuerza vinculante*". La clave del supuesto de hecho residiría en que la cláusula delimitaría aquello que es objeto del contrato. Con lo cual, no se podría limitar aquello que no ha nacido. Aunque esto último no resultaría una operación tan fácil, pues no siempre la práctica demuestra la nitidez entre nacimiento y limitación una vez acaecido tal hecho. Por otro lado, según el tipo de seguro, podría tratarse de una cláusula no sorprendente, pues resulta usual, según la prima que se abone, que la cobertura se limite a un parte territorial.

Desde el punto de vista de su ubicación especial, no constituye condición *sine qua non* para su validez que dichas cláusulas aparezcan en el condicionado particular o especial, pudiendo aparecer, sin necesidad de cumplir con los requisitos marcados por el art.3 de la LCS para las cláusulas limitativas, en condiciones generales de la contratación⁹. En otras palabras, no se aplica a estas condiciones

el régimen de aceptación específico desarrollado para las cláusulas limitativas de derechos, sino que basta con que se cumplan los presupuestos necesarios para la incorporación de las condiciones generales de la contratación. Sin embargo, sí que deben redactarse de forma clara, de modo que permita conocer, de forma precisa, el riesgo del contrato¹⁰.

Específica el TS que tiene naturaleza delimitadora del riesgo una cláusula por la que se excluye, mediante condiciones generales de la contratación, definiendo el concepto de tercero, a los descendientes del tomador del seguro. Con lo cual, sostiene el Alto Tribunal que, al ser delimitadora del riesgo, basta con su conocimiento y aceptación por el tomador, sin que deban aplicarse los rígidos requisitos del art.3 LCS relativos a las cláusulas limitativas¹¹. Puede decirse que este supuesto de hecho es de los que se encuentra en la línea dubitativa, pues bien podría haberse interpretado que se restringe mediante condiciones generales de la contratación el concepto de tercero, salvo que deba tenerse por usual dicha exclusión.

También constituye cláusula delimitadora el supuesto de hecho en el cual en las condiciones particulares se definen los riesgos cubiertos, mientras que la cuantía a indemnizar se establece en las condiciones generales de la contratación¹². La posible confusión de esta situación se produce debido a la incógnita del dónde deben colocarse los elementos que definen el objeto del contrato, manifestando no en pocas ocasiones la parte asegurada que todo aquello que aparece en condiciones generales debe tenerse como cláusula limitativa de derechos. Sin embargo, esta situación no ha sido tan cristalina, pues puede traerse a colación la STS 481/2016 de 14 de julio. Se analiza un caso, con cobertura jurídica, sin embargo, en las condiciones particulares nada se establece sobre las cuantías que se cubrirán en relación con la protección jurídica. Esta delimitación aparece en las condiciones generales, constituyéndose como cuantía máxima a abonar, por la aseguradora, 1.500 euros. El TS interpreta que dicha cláusula sería limitativa y no delimitadora, esgrimiendo como motivos para ello que dicha cláusula afectaría a la libre designación de abogado y procurador. Sin embargo, esta solución choca con la doctrina expuesta más arriba. Revirtiendo los hechos, si la mención a la cuantía de los 1.500 euros hubiera aparecido en las condiciones particulares, ¿se hubiera ofrecido la misma respuesta?

La práctica judicial ha demostrado que existen situaciones cuya configuración tiene un encaje difícil, pues se cuenta con distintos argumentos para encasillar en una u otra categoría la cláusula en cuestión. Exponente de tal realidad lo es la STS 421/2020 de 14 de julio. Basta manifestar que se analiza un seguro de cobertura de defensa jurídica, el cual es accesorio a todo seguro de responsabilidad civil; lo cual supone que no deba confundirse con el autónomo seguro de defensa jurídica¹³. Lo relevante y para tener en cuenta, consiste en que la aseguradora coincidía subjetivamente, pues aseguraba tanto al demandante como al demandado. De ese modo, ante el potencial conflicto de intereses, el asegurado (demandado) decide hacer uso de abogado y procurador designado a su arbitrio¹⁴. Basta manifestar que el asegurado demandando, una vez terminadas las actuaciones judiciales, reclama a la aseguradora los gastos de abogado y procurador. Sin embargo, la aseguradora esgrime que únicamente abonará 30.000 euros, pues dicha cobertura se limita a tal cantidad. El objeto de la discusión consistirá en la naturaleza de la cláusula

que establece dicha cantidad. En otras palabras, ¿se trata de una cláusula que delimita o limita?

La cláusula en cuestión, recogida en condiciones particulares adicionales estipula: *“Cuando se produjera algún conflicto entre Asegurado y Asegurador, motivado por tener que sustentar éste intereses contrarios a los del citado Asegurado, el Asegurador lo pondrá en conocimiento del mismo, sin perjuicio de realizar aquellas diligencias que, por su carácter urgente, sean necesarias para la defensa. En tal caso el Asegurado podrá confiar su defensa jurídica a otros letrados, a su libre elección, quedando el asegurador obligado a abonar los honorarios hasta el límite de 30.000 euros por asegurado con el tope máximo de la suma asegurada”*. Tanto en Primera Instancia como por la AP se calificó la cláusula como delimitadora. Procede el TS a analizar, en primer lugar, las diferencias entre el seguro de defensa jurídica y el de cobertura como accesorio. Por otro lado, también realiza una síntesis de la doctrina del Alto Tribunal en materia de cláusulas delimitadoras y limitadoras, así como recuerda, entre otros, la doctrina de la expectativa razonable que opera en esta materia.

Interesa que al TS le corresponde interpretar, del art.74 de la LCS, lo siguiente: *“El asegurado podrá optar entre el mantenimiento de la dirección jurídica por el asegurador o confiar su propia defensa a otra persona. En este último caso, el asegurador quedará obligado a abonar los gastos de tal dirección jurídica hasta el límite pactado en la póliza”*. Constituye el límite a lo pactado una consecuencia natural a todo seguro, pues la asunción por parte del asegurador, de toda cuantía en relación con los gastos del proceso, sin límite alguno, podría romper el equilibrio y la conmutatividad del contrato. Sin embargo, la incógnita planteada por el precepto consiste en descifrar la naturaleza de ese pacto limitativo. Indica el TS que entra dentro de lo razonable, en principio, calificar a dicha cláusula como delimitadora, pues desarrolla lo previsto por una previsión legal, al dibujar y concretar el riesgo objeto del contrato. No obstante, apunta y deja abierta la posibilidad de que sea limitativa, al no aclarar dicho precepto la naturaleza de tal pacto. Para ello, deberá atenderse a las circunstancias del caso y verificar si se trata de una cláusula limitativa e incluso lesiva¹⁵. Ciertamente, uno de los indicadores para tener en cuenta será la cuantía máxima por la que la aseguradora se obliga a cubrir tales gastos. Sin embargo, hay que tener en cuenta que dicha cantidad debe cohonestarse con la prima que se abone durante el contrato de seguro. Ofrece el TS acudir a las tablas de los colegios de abogados, lo que realiza en el presente caso, para finalmente afirmar que se trata de una cláusula limitativa en relación con lo que se establece en dichas tablas. En otras palabras, la cuantía a cubrir mediante el seguro, en proporción a los gastos que se genera mediante abogado y procurador, acudiendo a tales tablas, no cubriría el coste total de lo recomendado mediante dichas tablas. Esta solución, más objetiva dota de mayor seguridad que la doctrina de las expectativas razonables del asegurado, la cual siempre denota cierta subjetividad.

III. CLÁUSULAS LIMITATIVAS FUNDAMENTO Y CONCEPTO

Dice el TS que del art.3 de la LCS surge un deber a cargo de la aseguradora, el cual consiste en: *“que implica, por un lado, la actividad en la labor redactora de*

las cláusulas, y, por otro, la exclusión de aquéllas que no resulten asequibles para el asegurado¹⁶". Supone esto que el tomador pueda conocer y consultar, antes de obligarse a la contratación de un seguro, de cuáles serán las condiciones por las que se regirá su relación contractual con la aseguradora¹⁷.

Respecto a la definición de las cláusulas limitativas, se propone que: "la cláusula limitativa opera para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido, y la cláusula de exclusión de riesgo es la que especifica qué clase de ellos se ha constituido en objeto del contrato¹⁸".

Conviene conocer que la falta de aceptación de las cláusulas limitativas de derechos no supone la ineficacia del contrato, sino únicamente la inaplicación de tales condiciones al supuesto de hecho concreto¹⁹. Además, debe tenerse en cuenta la naturaleza imperativa del art.3 de la LCS²⁰.

A los efectos de concretar el alcance de las cláusulas limitativas, también puede resultar útil lo recogido por la STS 1087/2003 de 20 de noviembre: "ha de partirse de que la exclusión del riesgo es efectiva cláusula limitativa, al repercutir negativamente en los derechos de los asegurados (SS. de 28 de febrero de 1990, 14 de junio de 1994 y 24 de febrero de 1997), pues quedan privados de obtener el resarcimiento económico correspondiente de ocurrir el siniestro cubierto por la póliza, es decir que la cobertura se hace ineficaz y ninguna utilidad ha producido. Esta cuestión lleva a la interpretación y aplicación del art. 3 de la Ley de 8 de octubre de 1980, que resulta imperativo que las Condiciones Generales se redactarán de forma clara y precisa y han de destacar de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, que las ha de aceptar por escrito, sin dejar de lado que las mismas, en cuanto aminoren la indemnización pactada, son decididas y aportadas impresas al contrato por las aseguradoras, sin haber mediado en la mayoría de los casos propia y efectiva negociación entre las partes, dándose ausencia de todo acto prologal o prenegocial al respecto, lo que impone su necesario control por vía interpretativa a cargo de los Tribunales". Además, basta tener en cuenta que de esta sentencia se extrae con que no resulta suficiente, por sí solo, la firma de las condiciones particulares, expresando que el tomador conoce el contenido de las condiciones generales, sino que estas, al contener, en algunos casos, cláusulas limitativas, deben estar firmadas expresamente²¹.

Por otro lado, una de las manifestaciones más expresivas y repetidas por el TS ha sido: "No tienen pues carácter limitativo de los derechos del asegurado las cláusulas delimitadoras del riesgo, que son, pues, aquellas mediante las cuales se individualiza el riesgo y se establece su base objetiva. Tienen esta naturaleza las que establecen «exclusiones objetivas» (STS de 9 de noviembre de 1990) de la póliza o restringen su cobertura en relación con determinados eventos o circunstancias, siempre que respondan a un propósito de eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato (fijado en las cláusulas particulares, en las que figuran en lugar preferente de la póliza o en las disposiciones legales aplicables salvo pacto en contrario) o en coherencia con el uso establecido. No puede tratarse de cláusulas que delimiten el riesgo en forma contradictoria con el objeto del contrato o con las condiciones particulares de la póliza, o de manera no frecuente o inusual (SSTS de 10 de febrero de 1998, 17 de abril de 2001, 29 de octubre de 2004,

núm. 1055/2004, 11 de noviembre de 2004, rec. núm. 3136/1998, y 23 de noviembre de 2004, núm. 1136/2004)²²".

Una cláusula podrá ser limitativa por su propio planteamiento: "que, al identificar el riesgo, lo haga de un modo anormal o inusual²³, ya sea porque se aparte de la cobertura propia del tipo de contrato de seguro de que se trate ya porque introduzca una restricción que haya que entender, en aplicación de un criterio sistemático en la interpretación, más limitado que el riesgo contractualmente aceptado de modo evidente²⁴". Inusual por cuanto puede ocurrir que la materia del contrato se aparte del contenido natural²⁵ del contrato de forma sorprendente.

Es importante tener en cuenta que la función del art.3 de la LCS tiene por objeto: "que responde al propósito del legislador de dar protección reforzada al asegurado en el momento de contratación del seguro, mediante la técnica de imponer unos requisitos específicos de forma a las cláusulas limitativas de sus derechos, que garanticen que se entera de su contenido y que las acepta con conocimiento pleno²⁶". Además, basta tener en consideración que los requisitos que establece dicho precepto tienen una naturaleza cumulativa, es decir, ha de darse la firma, pero también que las condiciones aparezcan especialmente destacadas²⁷.

Es ilustrativa del concepto de cláusula limitativa, la STS 77/2009 de 11 de febrero: *De esa forma, el art. 8 LCS establece como conceptos diferenciados la "naturaleza del riesgo cubierto" (art. 8.3 LCS) y la "suma asegurada o alcance de la cobertura" (arts. 8.5 LCS). La suma asegurada, como límite máximo establecido contractualmente para el contrato de seguro (art. 27), puede ser limitada o ilimitada, cuando así se pacta o se deduce de las prestaciones convenidas, pero debe incluirse necesariamente en la Póliza, como elemento esencial del contrato, en cuanto sirve de base para calcular la prima y de límite contractual a la futura prestación de la aseguradora, según la propia definición del contrato de seguro en el artículo 1 de la Ley, de tal forma que aquellas cláusulas mediante las cuales se establece la cuantía asegurada o alcance de la cobertura no constituyen una limitación de los derechos que la ley o el contrato reconocen al asegurado, sino que delimitan la prestación del asegurador por constituir el objeto del contrato.*

En ocasiones el concepto de cláusula limitativa se ha derivado de un contenido de carácter sorprendente. Se dice en STS 534/2014 de 15 de octubre²⁸: "Cuanto antecede no ofrece la menor duda de que nos hallamos ante una cláusula limitativa de derechos pues, a través de condiciones especiales se restringe de forma sorpresiva la cobertura contratada, y consiguientemente la suma asegurada". Caso en el que se establece una suma asegurada de 6.000 euros para fracturas, sin embargo, esta se limita de forma considerable a través de condiciones especiales, no cumpliéndose los parámetros exigidos para la validez de las cláusulas limitativas.

Por otro lado, a parte de la posible equiparación con las cláusulas sorprendentes²⁹, se ha dicho sobre las cláusulas limitativas que han de ser: "razonables, que no vacíen el contrato de contenido y que no frustren su fin económico y, por tanto, que no le priven de su causa³⁰".

A veces, parece que los supuestos de hecho se complican, por cuanto el TS, parece haber contemplado casos de naturaleza mixta. Y es que en la STS 316/2009 de 18 de mayo se manifiesta: "Sin embargo, ese criterio de distinción no debe llevarse a sus últimas consecuencias en relación con el artículo 3, pues lo determinante, según la norma, es que el asegurado vea limitados o restringidos sus derechos —por

ejemplo, los que le han sido atribuidos en la póliza que negoció— y ello también puede ser una consecuencia de las propias cláusulas que cumplen la función de delimitar el riesgo. Debemos por ello, entender que en tal caso dichas reglas contractuales, además de tener una redacción clara y precisa, tendrán que haber sido destacadas de modo especial y aceptadas por escrito, como exige la norma de que se trata”. La manifestación del TS permite preguntarse sobre cláusulas, que formalmente aparentan ser una cláusula única, pero que desde un punto de vista material pueden llegar a constituir varias cláusulas. Quiere decir esto, que una condición formal tenga una naturaleza mixta, por cuanto delimita, pero también limita los derechos del asegurado.

Demostración de ello es lo que a continuación sostiene el TS: “Por ello, las condiciones generales que reducen a un año, a contar desde el día siguiente al del accidente, la obligación de la aseguradora de abonar al asegurado siete mil quinientas pesetas diarias —en caso de “incapacidad temporal”— y las que, tras distinguir la “invalidez permanente” en “absoluta” y “parcial”, establecen en este segundo supuesto una minoración proporcionada de la indemnización señalada en la póliza, además de delimitar el riesgo, limitan los derechos que al asegurado le habían sido reconocidos en la parte del contrato verdaderamente negociada con la aseguradora”³¹.

1. ¿POR QUIÉN DEBE ACEPTARSE?

La STS 1058/2007 de 18 de octubre analiza un supuesto de hecho en el cual se plantea que basta la aceptación del tomador para que las cláusulas limitativas sean válidas. Con lo cual, la aseguradora mantiene que no será necesario que estas sean aceptadas por el asegurado, de modo que la mera aceptación del tomador será suficiente para su plena efectividad. El TS precisa: *“De este principio se infiere que la carga de información que pesa sobre el asegurador para cumplir con el principio de transparencia³² contractual está en relación con la posición que respectivamente ocupan en el contrato el tomador y el asegurado. Las exigencias formales que afectan a las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado impuestas por el artículo 3 LCS, entre las cuales figura la especial aceptación por parte de éste, deben ser interpretadas en consonancia con este principio”. Con lo cual, con cita de otras STSs, asevera el TS la necesidad de que el asegurado, en un seguro colectivo³³, conozca y acepte las condiciones limitativas de sus derechos. De este modo, en el certificado individual del seguro debieron de constar tales limitaciones.*

Respecto a la forma, hay que diferenciar cuando se refiere a la aceptación de meras condiciones generales, las cuales no incluyen cláusulas limitativas de derechos, entre las que sí incluyen. El TS tiene dicho que: *“la aceptación de las condiciones generales por parte del asegurado mediante su firma en las condiciones particulares con referencia expresa a aquellas implica su aceptación, salvo cuando la referencia a ellas se haga con carácter genérico e indeterminado que sea susceptible de inducir a confusión”³⁴.*

Por otro lado, respecto su ubicación, merece la pena resaltar que el TS³⁵ ha manifestado: *“La exigencia de que las cláusulas limitativas de derechos figuren “destacadas de modo especial”³⁶, tiene la finalidad de que el asegurado tenga un conocimiento exacto del riesgo cubierto. La jurisprudencia de esta Sala exige que deben*

aparecer en las condiciones particulares y no en las condiciones generales”. Sin embargo, con posterioridad, en la misma sentencia se sostiene que pueden aparecer habitualmente en las condiciones particulares, con lo cual se relaja el requisito de la obligatoriedad de su colocación.

Sobre el qué se debe firmar, el TS se ha pronunciado que no deben firmarse, de forma individual, cada una de las cláusulas limitativas pertinentemente destacadas. Lo relevante consiste en que se firme el documento en el que aparecen recogidas dichas cláusulas³⁷.

2. SUPUESTOS LESIVOS

En la STS de 26 de febrero de 1997, se analiza la situación donde una persona, antes de celebrar el contrato de seguro, es declarada inválida para la labor que venía realizando. Con posterioridad a la firma del seguro, a este le declaran la invalidez absoluta, solicitando entonces la indemnización a la aseguradora; esta se niega. Existe una cláusula especial, en el contrato en cuestión, donde se estableció: *“La Compañía no paga Prestación alternativa alguna por razón de Invalidez del asegurado cuando la misma, en todo o en parte, sea consecuencia directa o indirecta de: Defecto físico o mental preexistente a la fecha de eficacia de la Póliza”*. La interpretación de la aseguradora se basa en que dicha cláusula tiene una naturaleza delimitadora y no limitativa; sin embargo, el TS rechaza dicha postura. Dice el TS que el riesgo a cubrir, es decir, el objeto del contrato consiste en la muerte y la invalidez del asegurado. Y manifiesta a la hora de interpretar la cláusula en cuestión: *“es claro y no deja duda que la intención de los contratantes es asegurar el doble riesgo de muerte o invalidez, por lo que cualquier cláusula que limite, reduzca o excluya algún supuesto dentro de uno u otros de los riesgos, si se produce el siniestro, debe ser considerada como cláusula limitativa”*³⁸. El objeto del contrato es claro, de modo que aquello que impida el nacimiento de la indemnización, dándose por comprobada la situación de riesgo, la invalidez, supone limitar ese derecho en virtud de determinados motivos. Por otro lado, la propia obligación de la aseguradora, conforme al art.10 LCS, da lugar a un potencial conocimiento respecto del estado de salud del asegurado.

De forma similar, constituye cláusula limitativa, aquella en la que, requerida la aseguradora, esta rechaza el pago pues sostuvo que la invalidez padecida no era consecuencia al accidente, pues el asegurado padecía lesión previa en el ojo izquierdo. Basta tener en cuenta que el TS interpreta la condición general, relativa a la ceguera absoluta y la invalidez permanente. Dice que no se trata de una mera cláusula definitoria del riesgo, sino que esta limita los derechos del asegurado. Y recuerda: *“que la delimitación de los diversos conceptos de invalidez está sujeta al régimen restrictivo que dimana del artículo 3.º LCS”*. Para finalmente decir: *“En el caso presente falta la aportación por la aseguradora del documento firmado por el tomador y asegurado en el que conste la firma de las condiciones generales del contrato; y aún más, aunque se entendiera que la aportación por el actor de tal condicionado general junto con la demanda, acredita su conocimiento y por tanto subsana dicha falta, tampoco consta destacada especialmente la cláusula limitativa en cuestión ni la expresa aceptación por escrito; todo lo cual ha de redundar en perjuicio de la*

*propia aseguradora al determinar, según lo ya razonado, que el asegurado no queda vinculado por su contenido*³⁹”.

También constituye una cláusula limitativa de los derechos, aquella en virtud de la cual se establece una indemnización, sin embargo, en determinadas condiciones dicha cantidad se verá reducida y modulada conforme a un baremo⁴⁰. Interesa conocer la STS 1033/2005 de 30 de diciembre, supuesto de hecho en el que se asegura un vehículo, pero también se incluye en el seguro los daños corporales del conductor. La discrepancia existente se basa en que en las condiciones particulares no se estableció una cuantía respecto del riesgo cubierto. Sin embargo, las cuantías a cubrir quedaron delimitadas en una condición general. La parte asegurada sostiene que la falta de delimitación de la cuantía se trataría de una cuestión que únicamente podría perjudicar a la aseguradora.

El TS recuerda la distinción entre cláusulas delimitadoras del riesgo y limitativas del derecho, para después sostener: *“Aquellas cláusulas mediante las cuales se establece la suma asegurada como cantidad máxima a la cual puede ascender el importe de la indemnización no pueden estimarse comprendidas, sin embargo, dentro de este concepto. Del art. 8 LCS se desprende que en el régimen del contrato de seguro son conceptos distintos la «naturaleza del riesgo cubierto» (art. 8.3 LCS) y la «suma asegurada o alcance de la cobertura» (arts. 8.5 LCS). La fijación de la suma asegurada (elemento esencial de la póliza), cuando se establece como una restricción en relación con el alcance o valor real del daño producido por el siniestro, tiene carácter limitativo de los derechos del asegurado, dado que, con arreglo al artículo 27 LCS «la suma asegurada representa el límite máximo de la indemnización a pagar por el asegurador en cada siniestro», según explica la STS de 11 de febrero de 2002. Dichas cláusulas, en efecto, restringen el derecho del asegurado a la indemnización una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido”*. Con lo cual, procede a afirmar que la cláusula general que delimita la cuantía a indemnizar no cumple con los presupuestos del art.3 de la LCS. No obstante, no constituye una interpretación unívoca por los motivos que se esgrimirán a continuación. No existe una obligatoriedad de que los elementos esenciales se recojan en las condiciones particulares, si bien resulta aconsejable. Si tal situación no es imperativa, es sugestiva la pregunta de ¿cómo se tendrá que formar dicha cláusula si se recogiera en condiciones generales de la contratación? En primer lugar, la respuesta parece ser obvia; redacción con claridad y sencillez, y que el adherente la conozca. Ahora bien, todo parece que se reduce a la posibilidad de conocimiento. Sin embargo, otras interpretaciones pueden florecer, pues resultaría correcto afirmar que dicha cláusula pudiera llegar a ser sorprendente, en caso de alejarse, en términos indemnizatorios, del valor real del daño. Si bien, en algunos supuestos, deberá atenderse a la propia naturaleza y definición del seguro en cuestión, así como a la propia proporción entre la prima y la indemnización por riesgos; factor este que se citó anteriormente en relación con la cobertura de defensa jurídica. No obstante, este elemento puede resultar peligroso por cuanto puede suponer un control judicial de la economía del contrato.

Tiene naturaleza de cláusula limitativa, aquella que establece en las condiciones particulares una determinada cantidad a indemnizar, sin especificar en las condiciones particulares que dicha cuantía sería el máximo que indemnizar en caso de darse el riesgo objeto de cobertura. Tampoco si no se menciona la

graduación, en condiciones particulares, de esta cobertura, si bien en las condiciones generales aparezca tal hecho. Para que dicha limitación sea válida, será necesario que se cumplan los presupuestos del art.3 de la LCS (precepto imperativo), donde se especifica que dichas condiciones deberán ser destacadas y firmadas⁴¹. Por otro lado, la confusión que se ha observado, en algunos casos, permite que en estos contratos de adhesión se pueda llegar al mismo resultado, eliminación e inaplicación de dicha cláusula, tanto por el artículo 3 de la LCS o el art.1288 del CC⁴².

También supondría un supuesto de hecho limitativo, el contenido en el art.58 de la LCS, cuando se pacte en contrario. Pues se establece en dicho precepto: *“Salvo pacto expreso en contrario, se entenderá que la cobertura del seguro comienza desde que se entregan las mercancías al porteador para su transporte en el punto de partida del viaje asegurado, y terminará cuando se entreguen al destinatario en el punto de destino, siempre que la entrega se realice dentro del plazo previsto en la póliza”*.

Constituye cláusula limitativa, en supuestos de contratos independientes, pero coligados, aquella en la que, por el acaecimiento del riesgo de uno de los contratos, supone la extinción del otro, no teniendo entonces derecho a percibir suma alguna en el caso de que con posterioridad se produzca el riesgo asegurado⁴³.

3. ACCIDENTES

En materia de accidentes, se dice en la STS 704/2006 de 7 de julio que: *“En el seguro de accidentes, el sentido limitativo o no de las cláusulas introducidas en el contrato es susceptible de ser examinado, entre otros criterios, en contraste con el concepto que contiene el art. 100 LCS sobre el accidente como riesgo asegurado, definido como «la lesión corporal que deriva de una causa súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado, que produzca invalidez temporal o permanente o muerte»⁴⁴. Debiendo considerarse esa delimitación legal como suficiente para una general delimitación del riesgo asegurado como objeto del seguro de accidentes, cualquier restricción que se introduzca en la póliza en cuanto a las causas o circunstancias del accidente o a las modalidades de invalidez resultantes debe ser considerada como limitativa de los derechos del asegurado en tanto no responda a una concreción o desarrollo coherente con las causas de exclusión que la ley contempla indirectamente al exigir que la causa del accidente sea súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado. La cláusula que excluye en la póliza litigiosa los accidentes producidos en situación de embriaguez manifiesta debe considerarse, así, como limitativa⁴⁵, por cuanto, como se verá al analizar el siguiente motivo de casación, la situación de embriaguez, aunque sea manifiesta, no constituye ni demuestra por sí misma la concurrencia de intencionalidad del asegurado en la producción del accidente”*.

En asuntos de seguros voluntarios, basta tener en cuenta que, en el seguro voluntario de accidentes: *“cualquier restricción mediante cláusulas que determinen las causas o circunstancias del accidente o las modalidades de invalidez, por las que queda excluida o limitada la cobertura, supondría una cláusula limitativa de derechos del asegurado”⁴⁶*. Caso este en el que se tiene por buena la cláusula limitativa

desde el punto de vista del art.3 de la LCS, sin embargo, es oscura a efectos del art.1288 del CC. Pues se diferencia únicamente entre invalidez permanente absoluta y parcial por accidente; no obstante, el asegurado es declarado en situación de invalidez permanente total derivada de accidente no laboral. La AP aplicó y condenó a lo debido según invalidez permanente parcial, sin embargo, el TS, ante la oscuridad de la cláusula, aplica el criterio contra *proferentem* y dice que corresponde la cuantía asignada a la invalidez permanente absoluta.

En los seguros voluntarios, las cuestiones que ha tratado el TS han versado sobre la distinción entre seguro voluntario y obligatorio, y la aplicación de la doctrina de cláusulas limitativas de derechos en los seguros voluntarios⁴⁷. Puede traerse como ejemplo de ello la STS 90/2009 de 12 de febrero⁴⁸. Se trata de un supuesto de hecho en el cual la aseguradora repite contra su asegurado, condenado en juicio penal por atropellar, en estado de embriaguez, a dos personas. El asegurado afirma que la aseguradora repite en virtud del seguro voluntario y no del obligatorio. El TS da la razón al asegurado y la duda de todo se circunscribe en relación con la cláusula general; si es limitativa o no. En la póliza se dice que se contrató un seguro voluntario por cuantía ilimitada. Es decir, el seguro voluntario puede cubrir también aquello, de lo que la aseguradora respondería, pero tendría derecho de repetición contra el asegurado. La solución, por tanto, no está tanto en el seguro obligatorio, en el que la aseguradora tendría facultad de repetición en supuestos de daños ocasionados por embriaguez, sino en el análisis del seguro voluntario concertado que complementa el anterior, de tal forma que, si las partes no pactaron su exclusión, la aseguradora no tendrá facultad de repetición contra el asegurado pues no habría pago indebido de la primera y, por tanto, enriquecimiento injusto del asegurado, sino pago justificado en virtud del principio de autonomía de la voluntad que rige el seguro voluntario. En el caso concreto, se trata de una cláusula limitativa, la cual no cumple con los presupuestos del art.3 de la LCS, de modo que no se excluye de la cobertura del seguro voluntario los hechos acaecidos por estado de embriaguez.

IV. CLÁUSULAS LESIVAS

Al analizar la cláusulas limitativas, dice el TS que hay que distinguirlas de las lesivas, de modo que: *“cláusulas lesivas y limitativas, pues la diferencia tiene transcendencia en cuanto que estas últimas son válidas, aún cuando no sean favorables para el asegurado, cuando éste presta su consentimiento, de modo especial, al hacer una declaración de su conocimiento, mientras que, las cláusulas lesivas son inválidas siempre, es decir, el concepto de condición lesiva, ha de entenderse por lo tanto, que es más estricto que el de cláusula limitativa, ya que hay cláusulas limitativas válidas”*⁴⁹.

Sobre las lesivas el TS ha aclarado que son: *“aquella que reduce considerablemente y de manera desproporcionada el derecho del asegurado, vaciándolo de contenido, de manera que es prácticamente imposible acceder a la cobertura del siniestro”*⁵⁰.

V. CLAIM MADE

El TS ha tratado en varias ocasiones las cláusulas *claim made*. En la STS 87/2011 de 14 de febrero se refieren a ellas y se las define. Con lo cual, se equipara a una cláusula de delimitación temporal, mediante la cual se pretende desplazar la deuda de responsabilidad al momento en el que se produzca la reclamación del asegurado, al margen del seguro vigente al producirse el siniestro. Por otro lado, la jurisprudencia las ha aceptado siempre y cuando fueran en beneficio y no perjudicaran los derechos del asegurado, pues de lo contrario se las tendría por lesivas.

No debe olvidarse también, con relación a las cláusulas *claim made*, la STS 134/2018 de 8 de marzo, donde se interpreta una póliza con cláusula de cobertura retroactiva. El TS analiza el art.73 de la LCS y las distintas vertientes, cláusula de cobertura retroactiva y posterior, de cláusulas *claim made*⁵¹. Basta tener en cuenta, que dichas cláusulas, al apartarse del art.73 de la LCS, deberán cumplir con los requisitos del art.3 de la LCS.

Ahora bien, sobre tales cláusulas tiene especial interés la STS 252/2018 de 26 abril⁵². En el condicionado se pacta una cláusula *claim made*, con efecto retroactivo ilimitado. La asegurada sostiene que deben concurrir conjuntamente, conforme al art.73 de la LCS⁵³, el efecto retroactivo y posterior, de al menos un año en relación con reclamaciones sobre hechos que surjan con anterioridad y hechos que surjan durante el aseguramiento, pero se reclamen a su finalización. La clave de la respuesta tuvo su cariz en que la cláusula no estipuló que el asegurado pudiera reclamar con posterioridad a la finalización del contrato, con al menos un año de antelación desde su terminación. El TS afirma que no ha de darse un presupuesto acumulativo, sino que basta con que se cumplan los requisitos temporales, de al menos de un año⁵⁴, en cualquiera de las modalidades de cláusulas *claim made* estipuladas en el contrato en cuestión.

VI. CONCLUSIONES

- I. La normativa de seguros, junto con otras reglas, permite obtener una protección del asegurado respecto de diversas situaciones.
- II. Se ha demostrado que las cláusulas limitadoras de derechos y delimitadoras del riesgo constituyen una herramienta imprescindible en materia de seguros. Desde un punto de vista teórico su distinción es sencilla, sin embargo, la práctica está llena de entresijos. No obstante, en ambos casos lo relevante seguirá descansando en la transparencia y posibilidad de conocimiento del asegurado del contenido contractual.
- III. La utilización de la doctrina de las cláusulas sorprendentes, el contenido usual e incluso el control del equilibrio del control, resulta eficaz, pero a la vez aventurado por cuanto se ha demostrado una inseguridad jurídica y elevada litigación en la materia.
- IV. Si bien desde un punto de vista teórico la colocación, en condiciones generales o particulares, no tiene importancia, la práctica ha demostrado que el Alto Tribunal procede a una valoración distinta según donde se haya ubicado estas cláusulas limitativas.

VII. JURISPRUDENCIA

- STS 789/2024 de 3 de junio JUR\2024\166769
- STS 101/2021 de 24 de febrero RJ\2021\783
- STS 421/2020 de 14 de julio RJ\2020\2671
- STS 58/2019 de 29 de enero RJ\2019\226
- STS 252/2018 de 26 abril RJ\2018\1693
- STS 225/2018 de 17 de abril RJ\2018\1589
- STS 134/2018 de 8 de marzo: RJ\2018\712
- STS 481/2016 de 14 de julio. RJ\2016\2972
- STS 76/2017 de 9 de febrero RJ\2017\42.
- STS 273/2016 de 22 de abril RJ\2016\3846
- STS 402/2015 de 14 de julio RJ\2015\4129
- STS 534/2014 de 15 de octubre RJ\2014\5809
- STS 715/2013 de 25 de noviembre RJ\2013\7637
- STS 417/2013 de 27 de junio. RJ\2013\4985
- STS 489/2012 de 19 de julio RJ\2012\8999
- STS 876/2011 de 15 de diciembre RJ\2012\294
- STS 880/2011 de 28 de noviembre RJ\2012\3403
- STS 86/2011 de 16 de febrero RJ\2011\2357
- STS 87/2011 de 14 de febrero RJ\2011\921
- STS 601/2010 de 1 de octubre. RJ\2010\7306
- STS 516/2009 de 15 de julio de 2009 RJ\2009\4707
- STS 316/2009 de 18 de mayo RJ\2009\2924
- STS 276/2009 de 20 de abril RJ\2009\4726
- STS 221/2009 de 25 de marzo RJ\2009\1744
- STS 90/2009 de 12 de febrero RJ\2009\1290
- STS 77/2009 de 11 de febrero RJ\2009\1483
- STS 1090/2008 de 4 de diciembre RJ\2008\6948
- STS 1095/2008 de 13 de noviembre RJ\2008\5917
- STS 884/2008 de 26 de septiembre RJ\2008\6907
- STS 676/2008 de 15 de julio RJ\2008\4376
- STS 480/2008 de 3 de junio RJ\2008\3552
- STS 394/2008 de 13 de mayo RJ\2008\3059
- STS 63/2008 de 28 de enero, RJ\2008\227
- STS 1058/2007 de 18 de octubre RJ\2007\7106
- STS 1050/2007 de 17 de octubre RJ\2008\11
- STS 270/2007 de 5 de marzo, RJ\2007\2521
- STS 233/2007 de 1 de marzo RJ\2007\1510
- STS 952/2006 de 6 de octubre RJ\2006\7624
- STS 704/2006 de 7 de julio RJ\2004\4286
- STS 375/2016 de 3 de junio RJ\2016\2312
- STS 181/2006 de 24 de febrero RJ\2006\5793
- STS 1033/2005 de 30 de diciembre, RJ\2006\179
- STS 313/2005 de 10 de mayo RJ\2005\6379
- STS 151/2005 de 2 de marzo RJ\2005\1765
- STS 121/2004 de 25 de febrero RJ\2004\855

- STS 1152/2003 de 27 de noviembre RJ\2004\295
- STS 1087/2003 de 20 de noviembre, RJ\2003\8084
- STS 718/2003 de 7 de julio RJ\2003\4333
- STS 303/2003 de 20 de marzo RJ\2003\2756
- STS 997/2002 de 23 de octubre RJ\2002\8971
- STS 846/2002 de 18 de septiembre, RJ\2002\7948
- STS 961/2000 de 16 de octubre RJ\2000\9195
- STS 236/2000 de 9 de marzo RJ\2000\1517
- STS de 18 de septiembre de 1999 Rec.1025/1995
- STS de 26 de febrero de 1997 RJ\1997\1330,
- STS de 21 de mayo de 1996 RJ\1996\3881
- STS de 29 de enero de 1996 RJ\1996\738

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- SÁENZ DE JUBERA, B. (2018). Cláusulas limitativas de los derechos del asegurado y cláusulas claim made. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º770.
- GONZÁLEZ, U. (2021). Cláusulas lesivas en el contrato de seguro, en qué consisten y jurisprudencia del TS al respecto. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N.º977.
- PACHECHO JIMÉNEZ, N. (2009), Las cláusulas lesivas del artículo 3 LCS, *Revista Aranzadi Doctrinal Civil-Mercantil*, N.º4.

NOTAS

¹ Tal es así, que en la STS 181/2006 de 24 de febrero, se interpreta el artículo 10 de la LCS, en relación con un supuesto de ceguera, en el cual la aseguradora no procedió a realizar, con la diligencia debida, el cuestionario antes de la perfección del contrato. Tal hecho no podría beneficiar a la aseguradora, pues si bien el art.10 de la LCS establece una obligación para el asegurado, dicho hecho se limita a la conducta de la aseguradora (la manifestación del art.10 y la cooperación conforme a la buena fe se analiza también en STS 1090/2008 de 4 de diciembre). Sobre el art.10 y la interpretación de su función, en el caso de un seguro de vida, véase la STS 276/2009 de 20 de abril. En este supuesto de hecho, uno de los puntos a tratar consiste en la alegación, por parte de la aseguradora, de la omisión consciente de la asegurada de datos fundamentales en orden a determinar el riesgo. Ahora bien, hay que tener en cuenta que los cuestionarios realizados, en virtud del art.10 de la LCS, no constituyen cláusulas limitativas de derechos. Manifestaciones estas que ponen de relieve la importancia de la información, al menos desde un aspecto para la creación de las bases del contrato. Sin embargo, la información va más allá por cuanto se revisa el cómo y el cuándo ha recibido el asegurado esta.

Por otro lado, en STS 394/2008 de 13 de mayo se distingue entre póliza, condiciones generales, y si el contrato estuviera conformado por condiciones generales, la póliza deberá integrar estas. La peculiaridad del contrato de seguro reside en la vasta tipología de documentación; la cual tiene relevancia a efectos informativos y de transparencia.

² STS 313/2005 de 10 de mayo. Tal es así, que en STS 394/2008 de 13 de mayo se preconiza que: *“la casuística propia del derecho de seguros, y la dificultad que en la práctica presenta la distinción entre unas y otras cláusulas”*. También STS 715/2013 de 25 de noviembre donde se establece que las fronteras entre ambas tipologías no son claras.

³ Por otro lado, cabe recordar que en esta sentencia se manifiesta que los asalariados del asegurado no tienen la condición de terceros. Condición esta que es del todo congruente con el caso concreto, donde se contrata un seguro voluntario con el fin de ampliar la cobertura también a tales sujetos. En condiciones especiales, en dicho contrato se estableció que quedan excluidos: *“los daños causados por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo según la legislación vigente al momento de producirse el daño o el accidente”*. Dice el TS respecto de esta cláusula que es delimitadora del riesgo, pues tiene por objeto limitar la cobertura del seguro y no una pretendida limitación de los derechos del asegurado. Sin embargo, tal como se verá con posterioridad, el inserto dentro de esta categoría no sería algo tan nítido, pues la casuística también mostrará casos parecidos donde la cláusula en cuestión se clasifique como limitativa de derechos. Cláusula de exclusión que ha de ser aplicada, en el presente supuesto, en cuanto está acreditado en autos que cuando se produjo el accidente no se habían puesto por parte de la empresa minera, indicación alguna del peligro que entrañaba la entrada en el lugar. Desde el punto de vista jurisprudencial, en relación con la condición de tercero, interesa la STS 236/2000 de 9 de marzo. En el supuesto de hecho que se analiza, un socio cooperativista acude a un taller de la cooperativa, con el fin de dejar un vehículo para su reparación. Al llegar a las instalaciones, este sufre un accidente al caer a un foso, el cual no se encontraba precisamente señalizado y protegido. Este, a consecuencia de los daños sufridos, decide demandar tanto al taller, como a la aseguradora en virtud del art.76 de la LCS; pretende que ambos respondan de forma solidaria. Mantiene la entidad aseguradora que el afectado no tiene la calidad de tercero, pues se estableció en la póliza que: *“que son «terceros», cualquier persona física o jurídica distinta de «... d) Los socios, directivos, asalariados, y personas que, de hecho o de derecho, dependan de las personas anunciadas en el epígrafe a), mientras actúen en el ámbito de dicha*

dependencia», y las personas a las que se refiere el epígrafe a) son el tomador del seguro, el asegurado o el causante del siniestro”. El TS procede a la lectura del contrato conforme al espíritu de este, llegando a sostener que la exclusión de la condición de tercero únicamente operaría cuando el socio actuase dentro del ámbito de dependencia de la sociedad. Con lo cual, en el caso que se analiza no se produce tal hecho, pues el socio no actúa a favor de la sociedad, ni tampoco está realizando labores como asalariado de la cooperativa. Pues este acude al taller como consumidor, siendo el objeto de este la reparación de un vehículo, la cual se hará en condiciones más favorables debido a su condición de socio cooperativista. De modo que no podría diferenciarse el supuesto de hecho a uno que pudiera haberle ocurrido a un cliente sin condición de cooperativista. En otras palabras, el afectado fue a dar trabajo al taller y no a trabajar para el mismo. Sobre trabajador y condición de tercero, véase también STS 846/2002 de 18 de septiembre. Pues lo anterior tiene su importancia debido a la naturaleza del seguro de responsabilidad civil, el cual tiene por objeto el cubrir los daños causados a terceros.

⁴ Hay que resaltar que en el supuesto que analizan, no se firma, de forma independiente, la cláusula que pretende limitar la cobertura. Ahora bien, esta tampoco tiene la claridad suficiente.

⁵ Por ejemplo, es de interés el art.1 de la LCS el cual define el concepto de contrato de seguro. El art.8 de la LCS, que menciona el contenido mínimo contractual.

⁶ La cláusula que se analiza y que se califica como delimitadora, tiene el siguiente contenido: *“que estaba excluido por tratarse de daños ocasionados por humedad prolongada, condensación, capilaridad o absorción a través del suelo y filtraciones de aguas no canalizadas”*.

⁷ STS 1152/2003 de 27 de noviembre. Sentencia esta, donde también parece que las cláusulas limitativas deberían firmarse individualmente, pues se dice: *“ni, a mayor abundamiento, estas condiciones especiales aparecen firmadas por las partes contratantes”*. Ahora bien, con posterioridad se observará como el TS ha aclarado tal hecho en varias sentencias.

⁸ STS 151/2005 de 2 de marzo.

⁹ STS 394/2008 de 13 de mayo.

¹⁰ Específicamente se postula en la STS 101/2021 de 24 de febrero que: *“La claridad y precisión es exigible a todas las cláusulas del contrato de seguro, tanto si están incluidas en las condiciones generales como en las particulares, y con independencia de que se califiquen de delimitadoras del riesgo o limitativas de los derechos del asegurado”*.

¹¹ STS 884/2008 de 26 de septiembre.

¹² STS 77/2009 de 11 de febrero.

¹³ Para el primero correspondería la aplicación del art.74 LCS, mientras que para el segundo el art.76 LCS.

¹⁴ Opción esta lícita conforme al art.74 de la LCS, para los casos de seguro de cobertura de defensa jurídica, el cual, como se ha mencionado anteriormente, tiene una naturaleza accesoria en relación con el seguro de responsabilidad civil.

¹⁵ Ejemplo de ello el caso enjuiciado por la STS 101/2021 de 24 de febrero, donde se interpreta que se trata de un contrato de seguro de defensa jurídica, siendo aplicable el art.76 de la LCS, y que la cláusula en cuestión es lesiva porque: *“impediría ejercer el derecho a la libre elección de abogado y/o procurador, al no guardar ninguna proporción con los costes de la defensa jurídica”*.

¹⁶ STS 303/2003 de 20 de marzo. Supuesto de hecho en el que se interpreta una condición relativa a un caso de invalidez absoluta y permanente.

¹⁷ STS 1152/2003 de 27 de noviembre.

¹⁸ STS 961/2000 de 16 de octubre. En otras situaciones aparece que: *“La referida cláusula y teniendo en cuenta el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro actúa restringiendo intensamente los derechos del asegurado, pues partiendo de la primera estipulación acomodada a la naturaleza y finalidad propia del seguro concertado, en cuanto prevé que las reparaciones se tasarán con arreglo al valor real, se desvía para introducir o más bien «colar» la limitación del valor venal como tope máximo de la indemnización. De este modo se contradice lo que conforma la propia cobertura del contrato, que no es otra que la restitución económica correspondiente a los daños reales que pudieran afectar al vehículo asegurado como consecuencia de accidente de circulación”*. STS 997/2002 de 23 de octubre.

¹⁹ Pues sostiene: *“La suscripción y aceptación expresa de dichas condiciones determina su valor normativo y vinculación para el tomador (sentencias de 31-5, 4 y 9-6, 23-12-1988 y 8-5-1990), en cuanto actúa como parte adherente al contrato y de tal forma incide la no aceptación en forma bien expresada de toda condición que represente limitación de derechos, que ocasiona su no integración en el contrato, teniéndola como si no formara parte del mismo (sentencia de 26 de mayo de 1989). Dichas condiciones limitativas únicamente tendrían valor y obligarían a quien las suscribe, si este de forma taxativa y por escrito bien determinante la hubiera aceptado (sentencia de 7 de febrero de 1992), lo que no ha sucedido en el presente caso, pues, al contrario, no resultó para nada demostrado y menos de modo indubitable que el recurrido hubiera contemplado y asumido sin reservas la reglamentación generalizada de la póliza, en cuanto venía a reducir sus derechos económicos, sin un conocimiento cabal de tal alcance”*. STS de 29 de enero de 1996.

²⁰ En la sentencia que se manifiesta dicha cualidad, STS 313/2005 de 10 de mayo, se dice, además: *“cláusula limitativa es aquella que restringe, condiciona o modifica el derecho del asegurado a la indemnización, mientras que cláusula de determinación del riesgo es la que especifica cuál es el cubierto”*. Interesa de la sentencia en cuestión, que otorgar de un significado usual al concepto de invalidez, pero restringir su alcance mediante otra cláusula, supone que esta última tenga la condición de limitadora de derechos.

²¹ Por otro lado, también es importante que la aseguradora demuestre el haber entregado, al tomador, las condiciones complementarias de la póliza. Cabe recordar, que en este supuesto de hecho el TS aplica la consecuencia del art.1288 del CC, de modo que la oscuridad de la cláusula en cuestión no puede beneficiar a la aseguradora que generó dicha oscuridad. Sobre la aplicación del art.1288, véase STS 1050/2007 de 17 de octubre y STS 1058/2007 de 18 de octubre. No debe olvidarse, en materia de condiciones generales de la contratación lo preceptuado por el art.5 de la LCGC a efectos de la incorporación de estas en el contrato.

²² STS 676/2008 de 15 de julio.

²³ La idea de que se pueda apartar del contenido usual y las consecuencias, a raíz de la distinción entre cláusulas delimitadoras y limitativas, puede observarse en STS 63/2008 de 28 de enero. En materia de seguros colectivos, conviene atender al análisis del TS en la STS 516/2009 de 15 de julio de 2009, de donde, por ejemplo, interesa: *“De estos criterios se sigue que el carácter limitativo de una cláusula puede resultar, asimismo, de que se establezca una reglamentación del contrato que se oponga, con carácter negativo para el asegurado, a la que puede considerarse usual o derivada de las cláusulas introductorias o particulares”*. Merece la pena señalar que en el supuesto de hecho no se tiene por elemento usual o natural que la entrada del seguro se produzca de forma diferida tras la perfección del contrato. Lo anterior supone que dicha cláusula deba tener una naturaleza limitativa. Misma idea en STS 417/2013 de 27 de junio, donde se analiza la suma máxima a asegurar conforme la LCS, así como las limitaciones que pueden aparecer en otras cláusulas del contrato. Sobre el contenido natural

o usual, así como la equiparación, en ocasiones, entre cláusulas sorprendentes y limitativas, véase STS 273/2016 de 22 de abril.

²⁴ STS 313/2005 de 10 de mayo.

²⁵ Se dice en la STS 58/2019 de 29 de enero, que por contenido natural ha de entenderse: “*el contenido natural del seguro viene determinado principalmente por el propio contrato*”. El TS utiliza, en primer lugar, para determinar el contenido natural del contrato objeto de análisis, la propia definición del art.73 de la LCS que recoge los elementos del contenido natural del contrato de responsabilidad civil.

²⁶ STS 952/2006 de 6 de octubre. Supuesto de hecho donde la aseguradora ejercita acción de repetición contra la asegurada. Se enjuicia la función delimitadora o limitadora de una cláusula por la cual se excluye la cobertura por hechos punibles de los trabajadores, en relación con la condición que describe el riesgo asegurado.

²⁷ STS 676/2008 de 15 de julio.

²⁸ *Idem*, STS 417/2013 de 27 de junio.

²⁹ Tal es así que en STS 58/2019 de 29 de enero se llega a manifestar: “*Así, por ejemplo y por lo que interesa en el presente caso, hay cláusulas que por delimitar de forma sorprendente el riesgo se asimilan a las limitativas de derechos*”. Caso en el que se analiza la legislación tributaria, así como el seguro en cuestión, respecto de la cobertura de los administradores de una sociedad y se concluye el carácter sorprendente de la cláusula que limita la responsabilidad de las deudas tributarias. Incumpléndose entonces, en el caso enjuiciado, lo preceptuado por el art.3 de la LCS.

³⁰ STS 273/2016 de 22 de abril. De modo que en esta sentencia se califica como cláusula sorprendente: “*la exclusión de cobertura relativa a los daños producidos en las labores de carga y descarga, en tanto que operaciones imprescindibles para la ejecución del contrato de transporte, resulta sorprendente para el asegurado, que había contratado un seguro de transporte sobre las mercancías transportadas*”. Pues se produce una contradicción entre la cláusula que define el riesgo y las que lo acotan.

³¹ Basta tener en cuenta, que en la propia póliza se refería a estas condiciones como limitadoras, sin embargo, el objeto del debate se circunscribe a si se cumplieron las formalidades del art.3 LCS.

³² Sobre la importancia del principio de transparencia en estos contratos, véase también la STS 880/2011 de 28 de noviembre o STS 601/2010 de 1 de octubre. Sentencia esta última en la que vuelve a repetirse la doctrina del contenido usual, con lo cual, la limitación de la suma a indemnizar, en condiciones generales, debido a determinadas causas, no puede considerarse como usual (lo que razonablemente podía esperarse el asegurado) y por ende debe calificarse como cláusula limitativa. Por último, se repite la idea de que las cláusulas de estilo (“el asegurado conoce el contenido de las condiciones generales”) no son suficientes a efectos de cumplir con lo preceptuado por el art.3 de la LCS.

³³ Diferente hubiera sido la respuesta en un seguro individual.

³⁴ STS 1095/2008 de 13 de noviembre.

³⁵ STS 402/2015 de 14 de julio.

³⁶ Sin embargo, el propio TS admite que en la regulación de las cláusulas limitativas no se especifica en qué ha de consistir el resalte. Con lo cual, entiende que se produce tal hecho cuando dichas cláusulas no deban pasar desapercibidas por el adherente. STS 76/2017 de 9 de febrero.

³⁷ STS 402/2015 de 14 de julio o STS 76/2017 de 9 de febrero.

³⁸ Manifiesta que la cláusula no ha sido destacada, ni tampoco firmada por el asegurado. En primer lugar, no es lo mismo la incapacidad permanente total para la profesión de vendedor, que la invalidez, objeto del contrato de, que refiere a la situación de incapacidad permanente absoluta. Por otro lado, lo relevante es el conocimiento que tuvo la aseguradora del estado de salud del asegurado a raíz del examen médico realizado. Vulneraría la buena fe la cognición del estado del asegurado, para posteriormente negarse la indemnización debido a un hecho anterior, el cual era ya conocido por la aseguradora. Un caso similar en STS 181/2006 de 24 de febrero. Véase también STS 233/2007 de 1 de marzo, donde el asegurado contrata varios seguros complementarios. Se discute en este último caso el significado del concepto de invalidez del contrato de seguro, la oscuridad generada, así como la aplicación del art.3 de la LCS al caso que se enjuicia.

³⁹ STS 181/2006 de 24 de febrero.

⁴⁰ STS 121/2004 de 25 de febrero: “*El art. 6.º de las “Condiciones Generales” introduce unas restricciones del asegurado en cuanto que la suma a pagar se gradúa por un baremo que se establece según la causa de la invalidez permanente, que la póliza se había fijado en 10.000.000 ptas. El art. 6.º es evidentemente una cláusula limitativa de la indemnización pactada, y podrá además llamarse cláusula interpretativa o complementaria, pero ningún calificativo puede borrar aquella realidad. Tal cláusula limitativa incumple por completo las prescripciones del art. 3 Ley 50/1980, pues ni se destaca de modo especial del resto de cláusulas ni figuran específicamente aceptadas por escrito por el asegurado; no aparece ni siquiera firmadas las tan repetidas “Condiciones Generales” (donde se inserta el discutido art. 6.º). Son requisitos de forma especialmente exigidos por la Ley, que no permite ninguna otra sustitutiva para la eficacia de la cláusulas limitativas. La jurisprudencia de esta Sala es constante en la negación de la eficacia de las mismas en tales circunstancias*”. En materia de invalidez permanente causada por accidente, así como modulación, mediante tabla, de la cantidad a recibir, véase la STS 480/2008 de 3 de junio y STS 676/2008 de 15 de julio.

⁴¹ En el supuesto de hecho que se comenta, la indemnización se modula no en función del tipo de incapacidad, sino de la lesión causante de la incapacidad. Por otro lado, que aparezca en las condiciones particulares la declaración por la cual el asegurado recibió las condiciones generales, sin cumplirse los demás presupuestos, hace que estas no resulten aplicables. STS 394/2008 de 13 de mayo, donde se manifiesta: “*si bien esta Sala ha venido considerando que resulta suficiente que en las condiciones particulares por el asegurado suscritas, se exprese, de la misma forma clara y precisa, que el asegurado conoce y ha recibido y comprobado las condiciones generales (por todas, Sentencia del Pleno de la Sala de 11 de septiembre de 2006, recurso n.º 3260/1999), tal criterio de flexibilidad no puede aplicarse al presente caso, puesto que el asegurado no ha suscrito la declaración de conocer, aceptar y haber recibido tales condiciones generales*”. Sobre supuestos de invalidez, cuantía a indemnizar y remisión a condiciones generales, que modulan dicha cantidad, véase también STS 676/2008 de 15 de julio, STS 225/2018 de 17 de abril. Y se dice en la primera sentencia: “*Únicamente cabría aceptar el carácter no limitativo del establecimiento de cuantías inferiores para la incapacidad permanente en el caso de que se establezcan proporcionalmente para situaciones que sean susceptibles de ser calificadas como de incapacidad permanente parcial con arreglo a su naturaleza objetiva desde el punto de vista de la aptitud del lesionado*”. En el caso analizado, el trabajador fue declarado incapaz permanente total para su profesión habitual; en el contrato, esta situación, pérdida de tres dedos, se calificó como incapacidad permanente parcial.

⁴² Lo cual hace que lo estipulado en las condiciones particulares prevalezca frente al contenido de las generales, las cuales tienen una función complementaria. Está claro que si el

asegurado contrata una póliza para una determinada incapacidad, con una cantidad establecida en condiciones particulares, si en condiciones generales esta se modula según el tipo de lesión que causa la incapacidad, se tratará de una cláusula limitativa.

⁴³ STS 789/2024 de 3 de junio.

⁴⁴ Véase también, STS 876/2011 de 15 de diciembre o STS 489/2012 de 19 de julio.

⁴⁵ Idea que se repite en STS 1095/2008 de 13 de noviembre.

⁴⁶ STS 225/2018 de 17 de abril

⁴⁷ Puede resultar útil, la remisión a la STS 86/2011 de 16 de febrero, donde el hijo contrata un seguro como mandatario del padre, de modo que a través de la firma del hijo, no constando la del padre, la cláusula en cuestión cumpliría con los requisitos del art.3 LCS.

⁴⁸ Véase también, sobre la validez del seguro voluntario, para casos de embriaguez, la STS 221/2009 de 25 de marzo. La clave está, en que por mucho que en un seguro obligatorio la aseguradora está obligada a pagar al perjudicado, después repite contra el asegurado. En cambio, en el voluntario, como es algo cubierto, esta responde y no podrá repetir contra el asegurado según cómo se haya pactado en el contrato.

Por otro lado, sobre el derecho de repetición y la autonomía de la voluntad en estos seguros, conviene consultar la STS 375/2016 de 3 de junio.

⁴⁹ STS 303/2003 de 20 de marzo. Véase también: PACHECHO JIMÉNEZ, N. (2009), Las cláusulas lesivas del artículo 3 LCS, *Revista Aranzadi Doctrinal Civil-Mercantil*, N.º4. GONZÁLEZ, U. (2021). Cláusulas lesivas en el contrato de seguro, en qué consisten y jurisprudencia del TS al respecto. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N.º977.

⁵⁰ STS 273/2016 de 22 de abril.

⁵¹ Sin embargo, el problema de este supuesto de hecho es que no se aportó la póliza.

⁵² Un comentario en relación con dichas cláusulas puede encontrarse en SÁENZ DE JUBERA, B. (2018). Cláusulas limitativas de los derechos del asegurado y cláusulas *claim made*. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º770.

⁵³ No se discute su validez desde la óptica del art.3 de la LCS, sino su encaje conforme al art.3 de la LCS.

⁵⁴ Plazo este de cobertura mínima, el cual podría verse ampliado mediante pacto de las partes. Sobre cláusulas *claim made*, presenta interés la STS 170/2019 de 20 de marzo, donde se enjuicia un supuesto de hecho en el que la nulidad de una cláusula del contrato se solicita por una parte ajena al contrato, válidamente según el TS a pesar del art.1257 del CC, pues se ostenta un interés legítimo en este caso.

1.7. Concursal

Vivienda habitual hipotecada y concurso de acreedores tras la ley 16/2022, de 5 de septiembre¹

Mortgaged habitual residence and bankruptcy after law 16/2022, of september 5.

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: La vivienda habitual puede ser objeto de gravamen hipotecario. En tal caso, declarado el concurso de acreedores, integra la masa activa del mismo, si bien el acreedor hipotecario ostenta un privilegio de ejecución separada de la garantía siempre que se declare a la vivienda bien no necesario para la continuación de la actividad empresarial o profesional. No obstante, cabe la posibilidad de que el acreedor con garantía real quede afectado por el convenio de acreedores, excluyendo este la ejecución separada o poniéndola fin. Igualmente, es posible que durante la fase común del concurso, la vivienda habitual sea objeto de realización directa, de dación en pago o de dación para pago, a solicitud del acreedor hipotecario o de la administración concursal según los casos. En el supuesto de que el concurso concluya mediante liquidación, no cabría excluir de la misma la vivienda habitual hipotecada que no ha sido objeto de ejecución separada. La parte de crédito no satisfecho mediante tal ejecución colectiva sería objeto de exoneración posterior. Si el deudor solicitase la exoneración mediante plan de pagos, y no se hubiese ejecutado la garantía, sería posible reestructurar la deuda hipotecaria y conservar la titularidad del bien. Si ya se hubiese ejecutado la garantía, la parte de deuda no cubierta con la ejecución se sometería al plan de pagos.

ABSTRACT: *The habitual residence may be subject to a mortgage lien. In such case, once bankruptcy has been declared, it is part of the assets of the same, although the mortgage creditor has a privilege of separate execution of the guarantee whenever the property is declared to be an asset not necessary for the continuation of the business*

or professional activity. However, it is possible that the secured creditor is affected by the creditors' agreement, excluding separate execution or ending it. Likewise, it is possible that during the common phase of the bankruptcy, the habitual residence is subject to direct realization, dation in payment or dation for payment, at the request of the mortgage creditor or the bankruptcy administration, as the case may be. In the event that the bankruptcy is concluded through liquidation, it would not be possible to exclude from it the mortgaged habitual residence that has not been subject to separate execution. The part of the credit not satisfied through such collective execution would be subject to subsequent exoneration. If the debtor requested exoneration through a payment plan, and the guarantee had not been executed, it would be possible to restructure the mortgage debt and retain ownership of the asset. If the guarantee had already been executed, the part of the debt not covered by the execution would be submitted to the payment plan.

PALABRAS CLAVE: Vivienda habitual hipotecada, concurso de acreedores, exoneración del pasivo insatisfecho

KEYWORDS: *Habitual mortgaged housing, bankruptcy, fresh start*

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN.—II. EL PRIVILEGIO DE EJECUCIÓN SEPARADA DE LA GARANTÍA REAL.— III. ALTERNATIVAS A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA SEPARADA O COLECTIVA.—IV. LA EJECUCIÓN DE LA VIVIENDA HABITUAL EN LA LIQUIDACIÓN.—V. VIVIENDA HABITUAL Y EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO.1. ITINERARIO DE PREVIA LIQUIDACIÓN DE LA MASA ACTIVA. 2. ITINERARIO DE PLAN DE PAGOS.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La vivienda habitual es un bien embargable que entra a formar parte de la masa activa del concurso de acreedores.

En el presente trabajo estudiamos la posibilidad de ejecución separada de la misma, las alternativas a tal ejecución separada en la fase común del concurso, la posibilidad de que el acreedor privilegiado quede vinculado por el convenio concursal, la ejecución colectiva de la vivienda habitual cuando no se ha hecho uso del derecho de ejecución separada o cuando se ha venido atendiendo el crédito antes de la apertura de la liquidación, así como la posibilidad de, mediante la solicitud de exoneración por medio de un plan de pagos o por medio de la previa liquidación del patrimonio realizable, lograr la exoneración del pasivo que exceda del valor de realización de la garantía o del valor del privilegio inmobiliario, según los casos.

II. EL PRIVILEGIO DE EJECUCIÓN SEPARADA DE LA GARANTÍA REAL.

La vivienda habitual que es *propiedad exclusiva* del concursado y está gravada con hipoteca se integra en la masa activa del concurso desde la declaración de

concurso (art. 192 TRLC). Se exceptúan únicamente de la integración en la masa activa los bienes inembargables, entre los que no se encuentra la vivienda habitual (arts. 605 y ss. LEC), ya que ni tan siquiera la previa constitución del concursado como Emprendedor de Responsabilidad Limitada con arreglo a la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (arts. 7 y ss.), y la constancia de tal circunstancia en el Registro de la Propiedad con anterioridad al establecimiento de la garantía hipotecaria impiden que la vivienda entre en la masa activa del concurso y que pueda ser ejecutada la garantía (en ejecución separada o colectiva)².

También se integrará en la masa activa del concurso la vivienda habitual *ganancial* hipotecada cuando deba responder de obligaciones del concursado (art. 193.2 TRLC), como es el caso del préstamo contraído con la entidad financiera por el concursado y su cónyuge como deudores solidarios. Como señala CUENA CASAS “cuando ambos cónyuges están casados en régimen de gananciales, y sólo uno de ellos se declara en concurso, la vivienda ganancial formará parte de la masa activa (art. 193 TRLC) y la deuda hipotecaria entrará en la masa pasiva (art. 251.2 TRLC)”³.

Si los cónyuges están casados en régimen de separación de bienes, si la vivienda habitual les pertenece en comunidad romana (art. 392 y ss. CC), “cabe incluir en la masa activa la cuota que sobre el bien inmueble le corresponde al concursado (art. 192.1 TRLC), si bien dada la indivisibilidad de la hipoteca (art. 122 LH) “toda la finca responde del crédito garantizado (art. 1860 CC y arts. 122 y ss. LH)”⁴, por lo que si el concursado no atiende dicho crédito cabrá enajenar separadamente la vivienda habitual en su totalidad, al no tratarse de un bien necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional.

En efecto, si el crédito hipotecario es impagado, nos encontremos ante uno u otro de los escenarios descritos, el acreedor hipotecario goza del derecho de ejecución separada con arreglo al artículo 145 y 146 del TRLC, siempre que acredite para iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria o para alzar la suspensión del procedimiento suspendido por la declaración de concurso, que el bien no es necesario para la continuación de la actividad empresarial o profesional mediante testimonio de la resolución del juez del concurso en que se haga tal manifestación.

Como señala el artículo 147 del TRLC “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, *cualquiera que sea la fase en que se encuentre el concurso de acreedores*”.

No obstante, la apertura de la fase de liquidación producirá la pérdida del derecho a iniciar la ejecución separada de la garantía sobre bienes y derechos de la masa activa (y por lo tanto, sobre la vivienda habitual) por aquellos acreedores que no hubieran ejercitado estas acciones antes de la declaración de concurso o no las hubieran iniciado transcurrido un año desde la declaración de concurso. En este supuesto, la vivienda habitual hipotecada será realizada en el marco de la ejecución colectiva (art. 149 TRLC). Pero el titular de la garantía recuperará el derecho de ejecución separada cuando transcurra un año desde la apertura de la liquidación sin haberse enajenado el bien o derecho afecto (art. 149 *in fine* TRLC).

III. ALTERNATIVAS A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA SEPARADA O COLECTIVA

Los artículos 205 y ss. TRLC establecen una serie de normas sobre la enajenación de bienes y derechos de la masa activa con carácter previo a la adopción de una solución al concurso, o sea, antes de que se apruebe un convenio o se abra la liquidación, si bien estas normas se aplicarán en cualquier estado del concurso, y por lo tanto, también en fase de convenio y de liquidación⁵.

Así pues, en cualquier estado del concurso, el juez podrá autorizar la realización directa de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial (art. 210 TRLC)⁶ y la dación en pago o para pago de los bienes afectos (art. 211 TRLC)⁷, así como la enajenación de bienes y derechos afectos con subsistencia del gravamen (art. 212 TRLC)⁸, a solicitud de la administración concursal o del acreedor con garantía hipotecaria, según los casos.

Cualquiera que sea el modo de realización de los bienes afectos, el acreedor privilegiado tendrá derecho a recibir el importe resultante de la realización del bien o derecho en cantidad que no exceda de la deuda originaria, cualquiera que fuere el valor atribuido en el inventario, conforme a lo establecido en esta ley, al bien o derecho sobre el que se hubiera constituido la garantía. Si hubiera remanente, corresponderá a la masa activa. Si no se consiguiese la completa satisfacción del crédito, la parte no satisfecha será reconocida en el concurso con la clasificación que corresponda (art. 213 TRLC), si bien de acuerdo con el artículo 211.3 TRLC mediante la dación en pago quedará completamente satisfecho el crédito con privilegio especial.

También es posible que el acreedor hipotecario acepte someterse a un convenio de acreedores, de manera que quede aplazado el crédito hipotecario o bien que de otro modo afecte el convenio al derecho de ejecución separada.

Evidentemente, un convenio impedirá el derecho de ejecución separada a los acreedores concursales titulares de garantías reales siempre que se prevea un aplazamiento de los créditos (tiempos de espera), así como supuestos en que expresamente se excluya el derecho de ejecución separada. Lo que puede producirse en los casos del artículo 397 del Texto Refundido de la Ley Concursal, que exponemos a continuación:

- Cuando los acreedores privilegiados con garantía real hubieran sido autores de la propuesta de convenio, o se hubieran adherido a ella antes de su aceptación, salvo que hubieran revocado la adhesión.
- Cuando los acreedores privilegiados con garantía real se hubieran adherido en forma al convenio ya aceptado por los acreedores o aprobado por el juez *antes de la declaración judicial de su cumplimiento*.
- Cuando se produce el efecto de arrastre de los acreedores privilegiados regulado en el artículo 397.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal. Este precepto prevé que los acreedores privilegiados (también los acreedores con garantía real) queden vinculados al convenio si, dentro de la misma clase a la que pertenezcan (arts. 269 y ss. y 287 TRLC) se hubieran obtenido las siguientes mayorías: 1.º) el 65 % del importe de los créditos privilegiados de la misma clase, cuando el convenio consista en el *pago íntegro de los créditos en plazo no superior a tres años*, o en el pago

inmediato de los créditos vencidos con quita inferior al 20 %; o cuando contenga quitas iguales o inferiores a la mitad del importe del crédito; *esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años*; o, en el caso de acreedores distintos de los públicos o los laborales, la conversión de los créditos en créditos participativos durante el mismo plazo. 2.º) El 75 % del importe de los créditos privilegiados, de la misma clase, en los convenios que tuvieren otro contenido. En el caso de acreedores con privilegio especial, el cómputo de las mayorías se hará en función de *las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas dentro de cada clase*.

- Cuando el convenio contenga previsiones para la realización de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial (p.e., créditos que gocen de garantía real hipotecaria). Como señala el artículo 323 del Texto Refundido de la Ley Concursal, “la propuesta de convenio podrá contener previsiones para la enajenación de bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial, que deberán atenerse a los modos de realización y reglas establecidas al efecto en esta ley” (arts. 209 a 225 TRLC)⁹. En estos casos el acreedor privilegiado sujeto al convenio deberá recibir el importe que resulte de la realización del bien o derecho *en cantidad que no exceda de la deuda originaria* en los términos que resulten de las previsiones del convenio. *Si hubiera remanente, corresponderá a la masa activa*. Si con dicha realización no se consiguiese la completa satisfacción del crédito en los términos que resulten de la propuesta de convenio, el resto será tratado con la clasificación que le corresponda (art. 433.2, 281.1.3.º y 440 TRLC)¹⁰.

IV. LA EJECUCIÓN DE LA VIVIENDA HABITUAL EN LA LIQUIDACIÓN

De acuerdo con el artículo 421 del TRLC, salvo que el juez haya establecido reglas especiales de liquidación, el administrador concursal realizará los bienes y derechos del modo más conveniente para el interés del concurso, sin más limitaciones que:

- Las establecidas en los artículos 422 (que establece la regla de la enajenación conjunta de las unidades productivas) y 423 (que exige recurrir a la subasta cuando el bien o derecho a realizar tuviese un valor superior al cinco por ciento del valor total de los bienes y derechos inventariados según el último inventario presentado por la administración concursal; subasta electrónica que se realizará a través de portal de subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado o bien a través de cualquier otro portal electrónico especializado en la liquidación de activos).
- Las disposiciones del Capítulo III, del Libro IV del Libro Primero, relativo a la conservación y enajenación de la masa activa.

Como se desprende del artículo 205 y ss. TRLC, si bien las normas contenidas en este Capítulo se refieren a actos de disposición previos a la adopción de una solución al concurso, o sea anteriores a la aprobación de un convenio o a la apertura de la liquidación, se aplicarán en cualquier estado del concurso, y por lo tanto,

también en la liquidación las que tienen por objeto “bienes o derechos afectos a privilegio especial o unidades productivas (arts. 209–244 *septies* TRLC)”¹¹.

De manera que sería posible que el acreedor privilegiado solicitara durante la liquidación colectiva, la realización directa de la vivienda habitual (arts. 210 y 213 TRLC), o la dación en pago o para pago de la misma (art. 211 TRLC).

Cuando la enajenación de la vivienda habitual tenga lugar mediante subasta (medio de realización propio, salvo que el juez al establecer las reglas especiales de liquidación hubiera establecido otra cosa *ex art.* 423.1 TRLC y 209 TRLC), la adjudicación en caso de subasta sin postores se regirá por lo dispuesto en el artículo 423 bis del TRLC.

Señala este precepto que “si en la subasta de bienes o derechos hipotecados o pignorados realizada a iniciativa del administrador concursal o del titular del derecho real de garantía, no hubiera ningún postor, el beneficiario de la garantía tendrá derecho a adjudicarse el bien o el derecho en los términos y dentro de los plazos establecidos por la legislación procesal civil”, es decir, en los términos del artículo 671 LEC, o sea, por el 70 % del valor por el que el bien hubiere salido a subasta o por el 60 % de dicho bien si la deuda fuera inferior a dicho porcentaje, supuesto en el que el acreedor hipotecario deberá abonar la diferencia a la masa del concurso¹². Si el bien hipotecado no cubriese en su totalidad la deuda originaria (art. 281.3.º TRLC)¹³, la parte no satisfecha será tratada en el concurso con la clasificación que le corresponda¹⁴.

Si el acreedor hipotecario no ejercitase este derecho, y el valor de los bienes subastados, según el inventario de la masa activa, fuera inferior a la deuda garantizada, el juez, oídos el administrador concursal y el titular del derecho real de garantía, los adjudicará a este por ese valor, o a la persona natural o jurídica que el interesado hubiera señalado. Si el valor del bien o del derecho fuera superior, ordenará la celebración de nueva subasta sin postura mínima (art. 423 bis TRLC).

Hay que tener presente que producida la adjudicación al acreedor hipotecario, de acuerdo con el Real Decreto-ley 1/2024, de 14 de mayo, por el que se prorrogan las medidas de suspensión de lanzamientos sobre la vivienda habitual para la protección de colectivos vulnerables, no procederá el lanzamiento hasta el 15 de mayo de 2028 de las personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en el artículo 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social¹⁵.

V. VIVIENDA HABITUAL Y EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO

1. ITINERARIO DE PREVIA LIQUIDACIÓN DE LA MASA ACTIVA

“La elección de este itinerario es una decisión libre del deudor (art. 406 TRLC) y se puede desembocar en él en caso de concurso sin masa en el momento de la declaración (art. 37 ter TRLC), insuficiencia de masa posterior a la declaración (arts. 249 y 250 TRLC) y liquidación del patrimonio con insuficiencia de recursos para el pago de las deudas pendientes (art. 413 TRLC). ... También es posible que se abra este itinerario cuando ha fracasado el itinerario del plan de pagos (art. 500 bis)”¹⁶.

La apertura de la fase de liquidación produce el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados, por lo que si el préstamo hipotecario se venía atendiendo con cargo a la masa (arts. 166 y 430 TRLC), vencerá anticipadamente la deuda hipotecaria. La vivienda habitual no puede ser excluida de la liquidación, por lo que será objeto de ejecución colectiva (art. 430.1 TRLC)¹⁷.

Como señala CUENA CASAS, el hecho de que el artículo 492.bis.1 TRLC prevea que “cuando se haya ejecutado la garantía real antes de la aprobación provisional del plan o antes de la exoneración en caso de liquidación, sólo se exonerará la deuda remanente”, “evidencia que en el trámite de exoneración, las garantías reales deberían haberse ejecutado.

Por otro lado, no hay que obviar que, de no ejecutarse la hipoteca en el escenario de deuda superior al valor de la garantía y permitir la subsistencia del aplazamiento de pago [como propugna cierta jurisprudencia¹⁸] a pesar de la apertura de la fase de liquidación, parte de crédito ordinario (el que excede del valor de la garantía) estaría siendo pagado anteponiéndose a los demás acreedores ordinarios que se ven abocados a la exoneración. Se produce una alteración de la regla *par conditio creditorum* sin base legal alguna¹⁹.

Finalmente, si la vivienda habitual no fuese objeto de la ejecución colectiva, el acreedor podría abrir una ejecución hipotecaria posterior a la conclusión del concurso, en caso de impago, aplicándose el artículo 579 LEC tras la realización de la vivienda, que es una norma menos beneficiosa para el deudor (al permitir condonaciones parciales de la deuda remanente tras la ejecución hipotecaria) que la exoneración del crédito originario no satisfecho con la garantía hipotecaria, que afectaría a todo el pasivo pendiente tras la ejecución de la garantía (art. 489.1.8.º TRLC *a sensu contrario*, salvo que la deuda insatisfecha pueda ser catalogada en otros números del artículo 489.1 TRLC)²⁰.

La ejecución de la vivienda gravada con hipoteca también procede, pues, en el caso de concurso sin masa *ex art.* 37 bis.d) TRLC, ya que la Ley solo prevé dos itinerarios para la exoneración y, en mi opinión, exige la liquidación en el caso de insuficiencia de masa (art. 501 TRLC en relación con el art. 486.2.º TRLC)²¹.

Se ha planteado no obstante, la posibilidad de aplicar en sede concursal el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. En este sentido, el AAP de Barcelona, sección 15.ª, 72/2018, de 20 de junio de 2018, señala que “esta normativa de protección del deudor hipotecario podrá invocarse en el concurso cuando se haya de proceder a la realización de los bienes hipotecados.

Si al deudor hipotecario se le reconoció su situación de vulnerabilidad o de riesgo de exclusión social fuera del concurso, en el procedimiento concursal deberán adoptarse las medidas adecuadas para que el deudor mantenga los derechos, también las obligaciones, derivadas de ese reconocimiento realizado fuera del concurso.

Si el deudor hipotecario no tiene reconocida esa situación fuera del concurso, deberá realizarse en el concurso, impulsada por el deudor o por el administrador concursal, en caso de que el deudor tenga suspendidas sus facultades patrimoniales por haberse abierto la liquidación”.

Parece, pues, que aplicando esta normativa podría el deudor eludir la ejecución hipotecaria de la vivienda habitual en sede de liquidación (bien mediante la

reestructuración de la deuda hipotecaria, bien mediante la dación en pago), si bien puede pensarse que el Real Decreto-Ley 6/2012 está pensado para situaciones en las que no hay una pluralidad de acreedores (como exige el concurso como presupuesto subjetivo del mismo) sino para situaciones en que el único acreedor es el acreedor hipotecario.

2. ITINERARIO DE PLAN DE PAGOS

El artículo 492 bis TRLC, que regula los efectos de la exoneración sobre las deudas con garantía real, contempla dos posibles escenarios:

1. Que se haya ejecutado la garantía antes de la aprobación del plan de pagos o antes de la exoneración en caso de liquidación. En este caso sólo se exonerará la deuda remanente (art. 492.bis.1 TRLC). Lo que coincide con lo previsto en el art. 489.1.8.º de la Ley Concursal que prevé que no son exonerables las deudas con garantía real, dentro del límite del privilegio especial, pero sí lo serían en lo que exceda del privilegio. Como este se ha hecho efectivo a través del resultado de la ejecución (art. 149 TRLC), quedará exonerada incluso la diferencia entre el crédito con privilegio especial reconocido en el concurso con arreglo a las normas previstas en los artículos 270 y siguientes de la Ley Concursal (valor razonable del bien) y la cantidad efectivamente satisfecha con la ejecución de la garantía. Si el deudor opta por la exoneración con liquidación, con la ejecución “se habrá cancelado el crédito privilegiado y la cantidad pendiente de pago se calificará conforme a los criterios generales de la normativa concursal (art. 272.2 TRLC)”. *Si el deudor opta por solicitar la exoneración mediante plan de pagos, el resto de crédito con garantía real no satisfecho con la ejecución se someterá al plan de pagos*²².

2. Si la garantía real no se hubiese ejecutado antes de la aprobación del plan de pagos.

“En estos casos para definir el plan de pagos y los créditos incluidos en el mismo, en el concurso tendrá que cuantificarse qué parte de ese crédito con garantía real debe considerarse crédito con privilegio especial, calculado conforme a las reglas de determinación del valor razonable de la garantía previstas en el artículo 272 y siguientes”. Ello deberá realizarse en el informe de la administración concursal. De este modo se cuantifica la parte de crédito no exonerable²³.

Las cantidades que excedan del valor razonable del bien, tendrán la consideración de crédito ordinario y quedarán sometidas al plan de pagos²⁴.

En este caso, si el deudor ha cumplido con los vencimientos de cuotas durante el concurso, se mantendrán las fechas de vencimiento pactadas en el contrato, pero la cuantía de las cuotas de principal, y en su caso, intereses, se recalculará tomando para ello solo la parte de deuda pendiente hasta el valor de la garantía (art. 496.bis.3 TRLC). A la parte de deuda que exceda del valor de la garantía se le aplicará lo dispuesto en el art. 496.bis, es decir, se entenderá vencida la deuda con la eficacia de la resolución que apruebe el plan de pagos y determine la exoneración provisional, y no devengará intereses durante el plazo del plan de pagos. Dicha parte de deuda recibirá en el plan de pagos el tratamiento que le corresponda según su clase. La parte no satisfecha mediante el plan de pagos quedará definitivamente exonerada con arreglo al artículo 500 de la Ley Concursal²⁵.

No obstante, como los créditos con garantía real no son exonerables dentro del límite del privilegio especial con arreglo al artículo 489.1.8.º de la Ley Concursal, si se produce la ejecución de la garantía (porque dejasen de satisfacerse las cuotas en los términos del artículo 492.bis.2.1.º TRLC durante la vigencia del plan de pagos o bien posteriormente, dado que se ha producido una novación del contrato que continuará vigente tras la exoneración definitiva), como señala el artículo 492.bis.3, cualquier exoneración declarada respecto de una deuda con garantía real quedará revocada por ministerio de la ley si, ejecutada la garantía, el producto de la ejecución fuese suficiente para satisfacer, en todo o en parte, deuda provisional o definitivamente exonerada²⁶.

Hay que tener en cuenta que los acreedores *por créditos no exonerables* mantienen sus acciones contra el deudor y podrán promover la ejecución judicial o extrajudicial de aquellos (art. 490.2 en relación con el art. 492.bis.3 TRLC), pese a la obtención por el deudor de la exoneración provisional y/o definitiva.

VI. CONCLUSIONES.

- I. La vivienda habitual gravada con hipoteca puede ser objeto de ejecución separada o de ejecución colectiva, así como de realización directa, de dación en pago o de dación para pago en el seno del concurso de acreedores.
- II. También puede ser objeto de un convenio concursal que excluya la ejecución separada.
- III. Cabe exonerar el pasivo insatisfecho tras la ejecución separada o colectiva de la vivienda con garantía real, o bien, si se sigue el itinerario del plan de pagos, incluir dicho crédito insatisfecho en las previsiones del plan de pagos.
- IV. Si la garantía real no se hubiese ejecutado antes de la aprobación del plan de pagos, cabe reestructurar la parte de deuda a la que alcanza el privilegio, de manera que las cantidades que excedan del valor razonable del bien tengan la consideración de crédito ordinario y se sometan al plan de pagos.
- V. Existe una línea jurisprudencial, que pese a la apertura de la liquidación propugna no ejecutar la vivienda habitual gravada con hipoteca cuando no es previsible que vaya a resultar un sobrante que quede a disposición de los acreedores, lo que no impediría que el deudor se exonerase del pasivo insatisfecho, sea mediante un plan de pagos, si el deudor tiene otras rentas, o definitivamente, si el deudor no dispone de otros ingresos con los que pagar los créditos exonerables.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

- AAP de Barcelona, sección 15.ª, 72/2018, de 20 de junio de 2018
- AAP de Barcelona, sección 15.ª, 125/2023, de 20 de octubre de 2023

VIII. BIBLIOGRAFÍA.

- CASTAÑÓN GARCÍA-ALIX, E. (2024). El recurso de apelación frente a la denegación del EPI y la necesidad de encontrar una solución para el deudor que tiene su vivienda habitual ejecutada con una sobregarantía. *Diario La Ley*, núm. 10543, 1–9.
- COLINO MEDIAVILLA, J. L. (2023). Comentario al artículo 205 del Texto Refundido de la Ley Concursal. Prohibición de enajenación. En: J. Pulgar Ezquerro (Dir.). *Comentario a la Ley Concursal*. Tomo II, Editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), pp. 1102–1105.
- CUENA CASAS, M. (2023). Vivienda familiar y concurso de acreedores. *Actualidad Civil*, núm. 9, 1–30.
- CUENA CASAS, M. y FERNÁNDEZ SEIJO, J.M.^a (2023). *La exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores de persona física*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J. M (2023). *La Exoneración del Pasivo insatisfecho en el Texto Refundido de la Ley Concursal*. Editorial Bosch-La Ley, Las Rozas (Madrid).
- GARCÍA OREJUDO, R. N. y RAFÍ ROIG, F. X. *La exoneración del pasivo insatisfecho. Actualizado tras la Ley 16/2022*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2020). La suspensión del lanzamiento del deudor hipotecario: análisis de las reformas operadas por el Real Decreto Ley 6/2020, de 10 de octubre y de la reciente jurisprudencia de los Tribunales. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 782, 3974–3992.
- JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2023). La exoneración del pasivo insatisfecho tras la reforma concursal por Ley 16/2022, de 5 de septiembre, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 797, 2023, 1886–1907.
- JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2024). Vivienda familiar y concurso de acreedores. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 806, 3593-3615.
- SENDRA ALBIÑANA, A. El nuevo régimen de segunda oportunidad. Análisis de la incorporación de la Directiva 2019/1023 al ordenamiento jurídico español en materia de exoneración de deudas. Editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), 2023.
- SIERRA NOGUERO, E. (2020). Comentario al artículo 209 del Texto Refundido de la Ley Concursal. En: J. Pulgar Ezquerro (Dir.). *Comentario a la Ley Concursal. Texto Refundido de la Ley Concursal*. Tomo I. Madrid: Wolters Kluwer La Ley, pp. 1090–1099.

NOTAS

¹ Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación “La protección jurídica de la vivienda habitual: un enfoque global y disciplinar” con referencia PID2021-124953NB-I00, drigido por la Catedrática de Derecho Civil, Profesora Dra. Matilde Cuenca Casas.

² CUENA CASAS, 2023 (Actualidad Civil), 4–5. *Id.* JIMÉNEZ PARÍS, 2024. De acuerdo con el artículo 8 de la Ley 14/2013, por excepción a lo dispuesto en el artículo 1911 del Código civil, el Emprendedor de Responsabilidad Limitada podrá obtener que su responsabilidad y la acción del acreedor, que tenga origen en deudas empresariales o profesionales posteriores a su constitución como ERL, no alcance a la vivienda habitual cuyo valor no exceda de 300.000 euros, siempre que dicha no vinculación se publique en el Registro de la Propiedad en el folio registral de la finca mediante certificación emitida por el Registrador Mercantil de la inmatriculación en el Registro Mercantil del Emprendedor de Responsabilidad Limitada. Practicada esta inscripción en el Registro de la Propiedad como indica el artículo 10.3 de la Ley “el Registrador [de la propiedad] denegará la anotación preventiva del embargo trabado sobre bien no sujeto a menos que del mandamiento resultare que se aseguran deudas no empresariales o profesionales o se tratare de deudas empresariales o profesionales contraídas con anterioridad a la inscripción de limitación de responsabilidad, o de obligaciones tributarias o con la Seguridad Social”. No pudiendo beneficiarse de esta limitación de responsabilidad el deudor que hubiera actuado con fraude o negligencia grave en el cumplimiento de sus obligaciones con terceros, siempre que así conste acreditado por sentencia firme o en concurso declarado culpable (art. 8.4 TRLC).

³ CUENA CASAS, 2023 (Actualidad Civil), 18.

⁴ CUENA CASAS, 2023 (Actualidad Civil), 18.

⁵ COLINO MEDIÁVILLA, 2023, 1104.

⁶ Artículo 210 TRLC. Realización directa de los bienes afectos. “1. En cualquier estado del concurso, el juez podrá autorizar la realización directa de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial. 2. La solicitud de realización directa deberá ser presentada al juez por la administración concursal o por el acreedor con privilegio especial y se tramitará a través del procedimiento establecido en esta ley para la obtención de autorizaciones judiciales. 3. El juez concederá la autorización solicitada si la oferta lo fuera por un precio superior al mínimo que se hubiese pactado al constituir la garantía, con pago al contado. El juez podrá autorizar excepcionalmente la realización directa por un precio inferior si el concursado y el acreedor o los acreedores con privilegio especial lo aceptasen de forma expresa, siempre y cuando se efectúe a valor de mercado según tasación oficial actualizada por entidad homologada para el caso de bienes inmuebles y valoración por entidad especializada para bienes muebles. 4. Concedida la autorización judicial, las condiciones fijadas para la realización directa se anunciarán con la misma publicidad que corresponda a la subasta del bien o derecho afecto y, si dentro de los diez días siguientes al último de los anuncios se presentase en el juzgado mejor postor, el juez abrirá licitación entre todos los oferentes determinando la fianza que hayan de prestar para participar en ella”.

⁷ Artículo 211 TRLC. Dación en pago o para pago de los bienes afectos. “1. En cualquier estado del concurso, el juez podrá autorizar la dación de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe. 2. La solicitud de dación en pago o para pago deberá ser presentada por el acreedor con privilegio especial o por la administración concursal con el consentimiento expreso y previo

de aquél. La solicitud se tramitará a través del procedimiento establecido en esta ley para la obtención de autorizaciones judiciales. Cualquier interesado podrá efectuar alegaciones sobre la pertinencia de la dación o sobre las condiciones en las que se haya propuesto su realización. 3. Mediante la dación en pago quedará completamente satisfecho el crédito con privilegio especial. 4. La autorización de la dación para pago deberá exigir que la posterior realización del bien o derecho afecto al crédito con privilegio especial se efectúe por un valor no inferior al de mercado según tasación oficial actualizada por entidad homologada para el caso de bienes inmuebles y valoración por entidad especializada para bienes muebles. Si hubiera remanente, corresponderá a la masa activa. Si no se consiguiese la completa satisfacción del crédito, la parte no satisfecha será reconocida en el concurso con la clasificación que corresponda”.

⁸ Artículo 212 TRLC. Enajenación de bienes y derechos afectos con subsistencia del gravamen. “A solicitud de la administración concursal, el juez, previa audiencia de los interesados, podrá autorizar la enajenación de bienes y derechos de la masa activa afectos a créditos con privilegio especial con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor. Subrogado el adquirente, el crédito quedará excluido de la masa pasiva. 2. Por excepción, no tendrá lugar la subrogación del adquirente, a pesar de que subsista la garantía, cuando se trate de créditos tributarios y de seguridad social”.

⁹ “Un cambio del Texto Refundido de la Ley Concursal respecto de la Ley Concursal es la ubicación sistemática de las normas especiales de realización de los bienes afectos. Antes en la liquidación y ahora entre las normas de la masa activa. El apartado II de la Exposición de Motivos del Texto Refundido de la Ley Concursal señala que el Título IV *De la masa activa* incluye << también las reglas generales de enajenación de los bienes y derechos que la componen, muchas de ellas ahora contenidas en el título sobre liquidación de la Ley Concursal >>. En cambio, el derogado art. 155.4 Ley Concursal se ubicaba dentro de las normas dedicadas a la liquidación de la masa activa, pero señalaba que la subasta era la regla general para realizar los bienes afectos << en cualquier estado del concurso >>. Con la nueva ubicación del artículo 209 del Texto Refundido de la Ley Concursal y su aplicación también a la realización de estos bienes afectos << en cualquier estado del concurso >> es más claro que la subasta es el modo ordinario de realización dentro del concurso. En principio, la subasta es viable en cualquiera de sus tres fases: común (cuando sea posible), liquidación y convenio. ... En fase de convenio el artículo 323.1 del Texto Refundido de la Ley Concursal dispone que << La propuesta de convenio podrá contener previsiones para la enajenación de bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial, que deberán atenerse a los modos de realización y reglas establecidos al efecto en esta ley >>. Se refiere a las reglas especiales de los artículos 209 a 225 del Texto Refundido de la Ley Concursal”. (SIERRA NOGUERO, 2020, 1091–1092). Así el convenio puede contener previsiones de dación en pago, en cuyo caso quedará completamente satisfecho el crédito con privilegio especial o bien de dación para pago, en cuyo caso, si hubiera remanente tras la realización del bien corresponderá a la masa activa y si no se consiguiese la completa satisfacción del crédito, la parte no satisfecha será reconocida en el concurso con la clasificación que corresponda (art. 211 TRLC).

¹⁰ Artículo 433.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal. *Pago de créditos ordinarios*. ...2. Los créditos ordinarios serán satisfechos a prorrata, conjuntamente con la parte de los créditos con privilegio especial en que no hubieran sido satisfechos con cargo a los bienes y derechos afectos, salvo que tuvieran la condición de subordinados”. Artículo 281 Texto Refundido de la Ley Concursal. *Créditos subordinados*. 1. Son créditos subordinados: ... 3.º. Los créditos por recargos e intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, *salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía*. Artículo 440 Texto

Refundido de la Ley Concursal. *Pago de intereses*. Si resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, procederá el pago, total o parcial, de los intereses cuyo devengo hubiera quedado suspendido por efecto de la declaración de concurso, calculados al tipo convencional y, si no existiera, al tipo legal.

¹¹ COLINO MEDIAVILLA, 2023, 1104.

¹² Artículo 671 LEC. Subasta sin ningún postor. Si en la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor, en el plazo de los veinte días siguientes al del cierre de la subasta, pedir la adjudicación del bien. Si no se tratare de la vivienda habitual del deudor, el acreedor podrá pedir la adjudicación por el 50 por cien del valor por el que el bien hubiera salido a subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos. Si se tratare de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70 por cien del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el 60 por cien. Se aplicará en todo caso la regla de imputación de pagos contenida en el artículo 654.3^o.

¹³ Artículo 281 TRLC. Créditos subordinados. “1. Son créditos subordinados: ... 3.º Los créditos por recargos e intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía”.

¹⁴ Artículo 430 TRLC. Pago de créditos con privilegio especial. “El pago de los créditos con privilegio especial se hará con cargo a los bienes y derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva. ... 3. El importe obtenido por la realización de los bienes o derechos afectos se destinará al pago del acreedor privilegiado en cantidad que no exceda de la deuda originaria. El resto, si lo hubiere, corresponderá a la masa activa. Si no se consiguiese la completa satisfacción del crédito, la parte no satisfecha será tratada en el concurso con la clasificación que le corresponda”.

¹⁵ *Vid.*, JIMÉNEZ PARIS, 2020.

¹⁶ CUENA CASAS, Actualidad Civil, 2023, 15.

¹⁷ *Cfr.* CUENA CASAS, Actualidad Civil, 2023, 15.

¹⁸ *Vid.*, AAP de Barcelona, sección 15.ª 125/2023, de 20 de octubre de 2023. Este AAP Barcelona, sección 15.ª, 125/2023, de 20 de octubre de 2023, matiza lo siguiente en relación con una vivienda habitual hipotecada, cuyo propietario concursado continúa abonando regularmente las cuotas de amortización del préstamo hipotecario, incluyéndola en el plan de liquidación pero evitando su realización: “1. La administración concursal de Flor recurre en apelación la decisión del juez del concurso de incluir, en contra de su propuesta, la vivienda habitual del concursado en el plan de liquidación. 2. Nuestra posición sobre este tema, de acuerdo con la legislación vigente anterior, ha sido expuesta en nuestra sentencia núm. 844/2019, de 9 de mayo: “Esta cuestión la hemos abordado ya en otras resoluciones de esta misma Sección, entre ellas en el auto de 16 de octubre de 2018 (Rollo 793/2018), en el que expresábamos el parecer de la Sección y en la Sentencia de 29 de marzo de 2019 [2019/2967]. En estas resoluciones indicábamos que todos los bienes del deudor, conforme a lo dispuesto en el artículo 76 de la LC, se integran en la masa activa del concurso, a excepción de aquellos que, aun teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables, condición que no tiene la vivienda habitual (artículos 605 y 606 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). De igual modo, todos los bienes integrados en la masa activa deben ser objeto de liquidación, de acuerdo con los artículos 148 y 149 de la LC. La conclusión del concurso por liquidación, por tanto, precisa de la realización de todos los bienes del deudor (artículo 152 de la LC). Lógicamente, el hecho de que nuestro Ordenamiento Jurídico contemple la realización de la vivienda habitual tanto en la ejecución individual como en la colectiva, no vulnera el artículo 47 de la Constitución Española, precepto

dirigido a los poderes públicos, que han de promover las condiciones necesarias para hacer efectivo el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Tampoco advertimos que ello infrinja el artículo 45 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, que en modo alguno descarta la ejecución de la vivienda habitual. El recurso señala que el crédito hipotecario que grava la vivienda se viene abonando puntualmente, tal circunstancia queda acreditada por cuanto el propio juzgado incluyó, dentro de un concepto amplio de alimentos, el pago de las cuotas del préstamo hipotecario, *circunstancia que tampoco excluye la liquidación dado que en el concurso constan otros acreedores, siempre y cuando esa liquidación suponga, de modo efectivo, un beneficio para los acreedores porque el precio de realización, una vez satisfecho el privilegio, pueda generar sobrante para el resto de acreedores*. Recordemos que el artículo 155.5.º de la LC dispone que el acreedor privilegiado hará suyo el montante que resulte de la realización de los bienes afectos “en cantidad que no exceda de la deuda originaria”, correspondiendo el resto, si lo hubiera, a la masa activa del concurso. Ello no impide que admitamos en la liquidación concursal la posibilidad de fijar, en beneficio del deudor, un precio mínimo de venta, tal y como prevén los artículos 670.4.º y 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. *O incluso no sacar el bien a subasta si el deudor está al día en el pago de la hipoteca y el precio previsible de realización no cubre el pago de la deuda hipotecaria si se diera por vencida anticipadamente*. En definitiva y como conclusión, en principio no puede excluirse la vivienda habitual de la masa activa, aunque, como hemos indicado, no sea descartable que el valor de la garantía no exceda del valor del bien o que resulte previsible que la enajenación en ningún caso cubrirá el crédito hipotecario. Si así fuera, teniendo en cuenta que el préstamo no se ha dado por vencido y que las cuotas se están abonando puntualmente, el juez podrá autorizar, previo traslado al titular del crédito y a los demás acreedores personados, que el bien no salga a subasta”. 3. Así pues, el bien inmueble ha de ser incluido en el plan de liquidación, su subasta ha de hacerse de la totalidad del inmueble para el pago del acreedor con privilegio especial, en virtud de la indivisibilidad de la hipoteca y el principio de tramitación coordinada de los dos procedimientos concursales (no de la mitad indivisa). Las reglas de la subasta deberán de respetar el precio mínimo de la totalidad del inmueble, de acuerdo con las normas prevista en LEC, arriba citadas. 4. *Ahora bien, como sucede en este caso, la subasta podrá no ejecutarse si se cumplen simultáneamente tres requisitos: si el crédito hipotecario está al día, si el acreedor no insta su vencimiento anticipado y si no se puede suponer que después del pago del privilegio quede remanente para satisfacer a otros acreedores*. 5. En este caso, según el inventario y la lista de acreedores elaborados por el administrador concursal, la vivienda tiene un valor de 140.240,04 euros, mientras que el importe pendiente de satisfacer del crédito hipotecario es de 188.139,09 euros. Incluso el acreedor privilegiado está conforme con evitar la realización del inmueble, siempre que el deudor se mantenga al día del pago de las cuotas. De esta forma la ejecución no beneficiaría a ningún otro acreedor, puesto que su valor no cubre el importe garantizado, y tampoco impediría que el deudor se exonerase del pasivo insatisfecho, sea mediante un plan de pagos, si el deudor tiene otras rentas, o definitivamente, si el deudor no dispone de otros ingresos con los que pagar los créditos exonerables”. Por todo ello se estima el recurso de apelación y se modifica el auto aprobando el plan de liquidación, en el sentido de incluir en el plan la vivienda habitual, pero se acuerda no proceder a su realización siempre que el concursado esté al día del pago de las cuotas hipotecarias, lo que no impedirá al concursado solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho.

¹⁹ CUENA CASAS, Actualidad Civil, 2023, 16 – 17.

²⁰ CUENA CASAS, Actualidad Civil, 2023, 17.

²¹ No obstante, hay autores que defienden la posibilidad de concurso sin masa e itinerario de plan de pagos. *Vid.*, CUENA CASAS, Actualidad Civil, 2023, 19–23 y FERNÁNDEZ SEIJO, 184, 185 y 191. También se defiende que de la aplicación conjunta de los artículos 37 ter.2, 501.1 y 489.1.8.º TRLC, y dada la ubicación del artículo 492.bis entre los efectos comunes de la exoneración, se debería poder sin realización de la vivienda habitual, gravada por importe superior al valor de mercado de la misma (37.bis.d TRLC), siempre que el concurso sea sin masa y no haya patrimonio que liquidar de conformidad a lo previsto en el artículo 37 bis TRLC, se haya impagado o no el préstamo, aplicar el artículo 498.1.8.º TRLC y considerar exonerable el remanente que excede del importe del privilegio especial, conservando el deudor hipotecario la vivienda (CASTAÑÓN GARCÍA-ALIX, 2024, 5 – 9). En este sentido señala CUENA CASAS que “la reestructuración de la deuda hipotecaria prevista en el art. 492 bis está pensada para el deudor que se acoge al plan de pagos porque era el único escenario inicialmente previsto de EPI sin liquidación. Con todo, la norma está recogida en el capítulo relativo a los elementos comunes a toda exoneración y eso favorece su aplicación a todos los escenarios, de EPI sin liquidación. Siguiendo una interpretación conforme con la DRI que pretende la exoneración plena del deudor, es perfectamente defendible la aplicación analógica del art. 492 bis, al caso de concurso sin masa ex art. 37 bis.d) TRLC. El acreedor real debe padecer la exoneración como todos los demás acreedores en la parte de deuda garantizada que exceda del valor de la garantía y que tiene la condición de exonerable. Hay además que tener en cuenta que el art. 498.1.8.º TRLC ya declara no exonerables las deudas con garantía real << dentro del límite del privilegio especial >>. Parece que *no hace falta que se ejecute la hipoteca para que emerja ese sobrante de pasivo, sino que se puede calcular antes* (art. 273 TRLC). La redacción difiere mucho de la del art. 497 TRLC en su versión anterior a la reforma que parecía partir de que la exoneración del sobrante solo se podía producir tras la ejecución. Ahora esto no está claro. Este argumento sería favorable a la << reconfiguración de la deuda hipotecaria >> incluso si no hay liquidación” (CUENA CASAS, Actualidad Civil, 2023, 22) Por lo tanto, tal concurso sin masa se resolvería a través de un plan de pagos que permitiría no ejecutar la vivienda habitual gravada con hipoteca. El problema es que si no es posible configurar un plan de pagos, el itinerario alternativo es la liquidación y parece que no cabe excluir en tal caso la vivienda habitual de la ejecución colectiva, ni tan siquiera si se hubiera venido satisfaciendo el préstamo hipotecario con bienes inembargables, pues no sería posible crear un *tertius genus: exoneración definitiva directa sin liquidación*.

²² FERNÁNDEZ SEIJO en CUENA CASAS y FERNÁNDEZ SEIJO, 2023, 148

²³ FERNÁNDEZ SEIJO en CUENA CASAS y FERNÁNDEZ SEIJO, 2023, 149–150.

²⁴ FERNÁNDEZ SEIJO en CUENA CASAS y FERNÁNDEZ SEIJO, 2023, 151.

²⁵ FERNÁNDEZ SEIJO en CUENA CASAS y FERNÁNDEZ SEIJO, 2023, 151.

²⁶ *Cfr.*, FERNÁNDEZ SEIJO en CUENA CASAS y FERNÁNDEZ SEIJO, 2023, 151, que señala: “Esta segunda regla [del artículo 496.bis.2.2.ª TRLC] determinará que la aprobación de los planes de pagos conlleve ajustes en los títulos de constitución de las garantías reales. Suponiendo, en la práctica una reestructuración de la deuda hipotecaria pendiente ...”

2. MERCANTIL
DERECHO DE SOCIEDADES

*Administradores y libro registro de acciones
nominativas*

Directors and registered shares book

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado*

RESUMEN: En la práctica resulta muy importante la delimitación del ámbito de las facultades de los administradores en orden a proceder a la inscripción de las transmisiones de acciones en el libro registro de acciones nominativas.

ABSTRACT: *In practice, the delimitation of the scope of powers of directors in order to proceed with the registration of share transfers in the registered shares book is very important.*

PALABRAS CLAVE: Administradores, transmisión de acciones, libro registro acciones

KEYWORDS: *Directors, shares transfer, registered shares book*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DEL ALCANCE DE LA LABOR DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN PARA LA INSCRIPCIÓN DE TRANSMISIONES EN EL LIBRO REGISTRO DE ACCIONES NOMINATIVAS.—III. BIBLIOGRAFÍA.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

I. INTRODUCCIÓN

En la práctica y en el seno de determinadas operaciones societarias, no sólo en compraventas, sino también en la constitución de derechos reales, hemos de tener muy presente el papel que desempeña la inscripción en el libro registro de acciones nominativas, o de participaciones sociales, en su caso, así como el al-

cance del control que pueda hacer el órgano de administración para la práctica de dichas inscripciones, extremo éste último que va a centrar este trabajo.

Realmente, el valor de dichas inscripciones queda en muchos casos completamente denostado y desafortunadamente, en algunos casos, no hemos obtenido respuestas judiciales correctas. Por ejemplo, en el ámbito del valor de la inscripción del derecho real de prenda sobre acciones nominativas en el libro registro de acciones nominativas, ya asistimos en su día a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28) núm. 391/2021 (JUR 2022/31520) que de forma inexplicable, con apoyo presunto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2016, reiteramos presunto, puesto que el Alto Tribunal no se pronunció en dichos términos, llega a la siguiente afirmación categórica (FJ Segundo):

“En definitiva, conforme a la citada Sentencia del Tribunal Supremo, el contrato produce solo efectos obligacionales y la constitución del derecho real de prenda sobre acciones no impresas exige la inscripción en el libro registro como sustitutivo de la necesaria entrega.”

Como ya dijimos en su momento, ¹ ni la inscripción en el libro registro de socios o de acciones nominativas, en este caso, ni es constitutiva ni goza de publicidad material desde la perspectiva del tercero de buena fe, ya que como ejemplo del fallo actual del sistema registral societario compuesto por el libro registro se pone el ejemplo de la prenda con fecha fehaciente anterior. Efectivamente, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 171/2008 de 28 febrero de 2008 (RJ 2008/2931), no deja lugar alguno a dudas sobre la inexistencia del carácter constitutivo de la inscripción en el libro registro de la transmisión de unas acciones.

En lo que nos ocupa en estos instantes, o sea, el alcance del control por parte del órgano de administración acerca de la transmisión de acciones con el objeto de poder verificar la inscripción o no de la misma en el libro registro oportuno, las respuestas que han venido ofreciendo los Tribunales distan de ser claras al respecto y mucho menos evidencian la existencia de una doctrina jurisprudencial que nos pueda servir de guía, ya que por el contrario, la extracción aislada por parte de un lector parcial de afirmaciones que se recogen en dichas Sentencias, pudieran llevar, a nuestro juicio, a conclusiones equívocas.

Nos referimos en primer lugar, a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de diciembre de 2020 (Id Cendoj: 28079370282020101428).

En este caso, y en su escrito de oposición, KENDALL insiste en negar que BPP adquiriera la condición de socio por efecto de la dación en pago formalizada por medio de la escritura pública de 14 de febrero de 2014. Como razón de tal rechazo, apunta KENDALL que no hubo *traditio*, puesto que el título que le fue entregado a BPP (título múltiple número 127, representativo de las acciones NUM000 a NUM001) había sido anulado, enfatizando que el que le sustituía (título múltiple 7, representativo de las acciones NUM002 a NUM003) estaba en poder de KENDALL, pendiente de canje. En el caso que nos ocupa, el título primitivo del Sr. Jerónimo había quedado anulado al no solicitarse su canje dentro del plazo anunciado y la sociedad no había procedido, como prescribe el artículo 117.2 LSC, a la remisión del nuevo, reteniéndolo en depósito.

La Sentencia apelada reconoce la eficacia inter partes de los acuerdos cerrados entre el Sr. Jerónimo y BPP. No obstante, rechaza que se deba condenar a

KENDALL a reconocer como socio a BPP con efectos desde la fecha de la escritura pública en que se formalizaron tales acuerdos, señalando como razón que la transmisión no se había justificado adecuadamente ante KENDALL mediante la exhibición del original o de copia testimoniada de la escritura pública en cuestión, exigencia que se hace derivar del juego de los artículos 122 y 106 LSC.

En definitiva, existe un comprador de acciones con causa en escritura de dación en pago quien demanda a la sociedad para que se le reconozca como accionista y se le inscriba en el libro registro de acciones nominativas, a lo que se niega la sociedad esgrimiendo que no hubo entrega de las acciones, puesto que el título múltiple que se entregó había sido anulado y el sustituto continuaba pendiente de canje.

La Audiencia Provincial de Madrid introduce el debate exponiendo que en el supuesto de transmisión de acciones nominativas cuyos títulos representativos no hubieran sido entregados rigen las reglas de la cesión de créditos y demás derechos incorporales. Ahora bien, dentro de ese régimen, los artículos 1.527 del Código Civil y 347.2 del Código de Comercio no establecen, a los efectos que aquí interesan, una pauta, en el sentido de que el mero conocimiento de la cesión por parte de la sociedad opera en aquel supuesto como fuente de legitimación para el ejercicio de los derechos sociales.

Siendo la legitimación eminentemente una técnica de protección de la sociedad, la normativa societaria establece mecanismos de control adicionales por parte de la beneficiaria de la protección. En concreto, cuando se trata de la transmisión de acciones nominativas mientras no se haya impreso y entregado los títulos, el segundo párrafo del artículo 120.2 LSC establece que *“los administradores, una vez que resulte acreditada la transmisión, la inscribirán de inmediato en el libro-registro de acciones nominativas”*.

La Audiencia Provincial de Madrid, en esta discutible Sentencia, nos viene a concluir lo siguiente:

“15. Existe, por lo tanto, un deber de control por parte de la sociedad, a través de sus administradores, cuyo objeto es comprobar si la transmisión está o no acreditada. Evidentemente, ese control no puede extenderse a la validez sustantiva de la transmisión, pues ello supondría una intromisión en materias que incumben exclusivamente a las partes del negocio transmisivo, debiéndose limitarse a los aspectos externos, en particular, a la existencia real del negocio y a la regularidad de la cadena de transmisiones, y, en su caso, a si se han respetado o no las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones impuestas estatutariamente. Por lo demás, el control consiste en la simple constatación de un hecho, sin margen alguno de decisión”

En otro precedente conocido, igualmente, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia núm. 43/2021 de 21 enero (JUR 2021\118161), en realidad no se discutió la titularidad formal o material de las acciones, ya que consta en la misma lo siguiente:

“7. En cuanto a lo primero (regularidad del título del solicitante), la Sentencia afirma que ICONOS es la titular de 1.078.368 acciones nominativas que en su día correspondían a CORPORACIÓN AUGUSTA, a la vista del pronunciamiento vinculante y de cosa juzgada del laudo arbitral del TAS.

Titularidad material o sustantiva que no es cuestionada en esta alzada. Añadir, además, que, al no constar que los títulos de las acciones nominativas estuvieran im-

presos y no resultar posible el endoso para su transmisión (art 120.2 LSC), no había que comprobar la regularidad de la cadena de endosos (supuesto de la STS 171/2008, de 28 de febrero), sino que, al proceder la transmisión de acuerdo con la normas de cesión de créditos y derechos incorporales, el consejo de administración de la SAD debía limitarse a verificar la existencia del negocio de transmisión y la traditio; presupuestos no cuestionados en esta alzada.

Transmisión de la titularidad que, a mayores, venía corroborada por el laudo arbitral (su parte dispositiva) en la que se declaraba expresamente que el 7 de marzo de 2018 se produjo el perfeccionamiento del contrato de compraventa de las acciones del Real Murcia C.F., S.A.D., transmitiéndose la propiedad de todas las acciones de las que era titular Corporación Empresarial Augusta, S.L. en la sociedad Real Murcia Club de Fútbol, S.A.D. en favor de Iconos Nacionales S. de R.L. de C.V.

El que ese laudo fuera extranjero y no constase en esa fecha aún protocolizado, pues no se disponía de su integridad (y por ende no era posible haber instado su reconocimiento y ejecución en España) no es determinante, ya que lo que era objeto de inscripción no era el laudo, sino la transferencia de las acciones, y esta se produce al margen del laudo, que se limita a declararla y condenar a la contraparte negocial (el transmitente), ante la controversia surgida con el adquirente.

Por tanto, en cuanto a este particular, la falta de inscripción no resultaba justificada, dado que no solo formalmente la transmisión estaba plenamente acreditada, sino, además, declarada expresamente su regularidad por resolución definitiva del órgano dirimente (TAS), designado a tal efecto por las partes implicadas”.

Lo mismo sucede en la Sentencia del Juzgado Mercantil de Palma (Provincia de Illes Balears) Sentencia núm.. 83/2023 de 31 marzo (JUR\2023\323268), donde igualmente no se discutió la validez material o formal de la transmisión, sino simplemente la eficacia legitimadora de la inscripción en el libro registro de acciones nominativas, recogiendo el debate de la siguiente forma:

Pues bien, en el presente caso, aplicando la Jurisprudencia citada, y partiendo de que en este procedimiento de impugnación de acuerdos sociales se puede examinar la eficacia legitimadora de la inscripción en el libro registro, sin necesidad de un procedimiento previo, procede declarar que la sociedad ACEITES MARTORELL,S.A. pese a que en el Libro Registro de acciones nominativas de la sociedad,(que no consta legalizado para garantizar un registro cronológico y sin ulteriores manipulaciones de las operaciones de la sociedad),no estaban inscritas las 2.120 acciones vendidas por D. Luis Alberto, era socio de la sociedad APARTHOTEL CLUB POLLENSA,S.A.

Así permite afirmar lo el título de transmisión de las acciones, la escritura de fecha 19 de diciembre de 1991 y el hecho de que la venta de las acciones realizada por D. Luis Alberto, como se desprende del certificado expedido por D. Rodrigo obrante en la citada escritura, cumplió los requisitos estatutarios, en concreto, el art.10 de los estatutos sociales en orden a la transmisión de las acciones a favor de la entidad ACEITES MARTORELL,S.A.

La sociedad demandada, en las Juntas de 19 de julio y 20 de diciembre de 2021, negó la condición de socio a la entidad ACEITES MARTORELL,S.A. pese a que ya se le había comunicado, como se desprende del Acta notarial de 2 de diciembre de 2019, mediante un correo de fecha 4 de diciembre de 2019, la transmisión de las acciones, aportándole copia de la escritura de 19 de diciembre de 1991.

La sociedad niega la condición de socio a ACEITES MARTORELL, S.A. y alude a que no están inscritas sus acciones en el libro Registro. Sin embargo, fue la sociedad la que, tras comunicársele la transmisión mediante la aportación de la escritura, no procedió a la inscripción.

II. DEL ALCANCE DE LA LABOR DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN PARA LA INSCRIPCIÓN DE TRANSMISIONES EN EL LIBRO REGISTRO DE ACCIONES NOMINATIVAS

En primer lugar, ha de decirse que la transmisión de las acciones nominativas impresas y entregadas se puede efectuar, en nuestro sistema, además de por endoso —negocio jurídico de transmisión integrado por la declaración cambiaria y la entrega del documento—, por otros medios compatibles con la existencia y el carácter de los títulos de que se trata —artículo 120 de la Ley de Sociedades de Capital.

A esa exhibición de los títulos se refiere el artículo 120 para el caso de que se hubieran transmitido por endoso, con la finalidad de que los administradores comprueben la regularidad de la cadena de aquellos. Pero, con alcance general, también la exige el artículo 122 del mismo texto, al disponer que, tratándose de acciones nominativas, la exhibición de las mismas será precisa para obtener la inscripción en el libro correspondiente.

De esta forma, se pronuncia pues el artículo 120 de la Ley de Sociedades de Capital para la exhibición del título cuando circula por endoso:

“La transmisión habrá de acreditarse frente a la sociedad mediante la exhibición del título. Los administradores, una vez comprobada la regularidad de la cadena de endosos, inscribirán la transmisión en el libro-registro de acciones nominativas.”

Y con carácter general, con independencia de la circulación de la acción vía endoso o cesión de créditos, el artículo 122 de la Ley de Sociedades de Capital, se pronuncia literalmente del siguiente tenor:

“Artículo 122. Legitimación del accionista.

Una vez impresos y entregados los títulos, la exhibición de los mismos o, en su caso, del certificado acreditativo de su depósito en una entidad autorizada será precisa para el ejercicio de los derechos del accionista. Tratándose de acciones nominativas, la exhibición solo será precisa para obtener la correspondiente inscripción en el libro-registro de acciones nominativas.”

Como pone de relieve la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2005 (RJ2005\4420) resulta necesario comunicar la transferencia de los títulos a la entidad mercantil, para gozar del derecho de asistencia a la Junta, razonando lo siguiente:

SEGUNDO

Sobre la precisa consideración del carácter imperativo de las reglas que rigen las sociedades anónimas, en cuanto constituyan garantías en beneficio de terceros, y, presupuestos para la regularidad de la organización y funcionamiento de la propia sociedad, ha de consignarse que la legitimación de los titulares para asistir a las Juntas, en el caso de las acciones nominativas exige que éstas consten inscritas a nombre de los mismos en el registro, con cinco días de antelación al que haya de celebrarse la junta: este registro no es otro que el «libro registro de acciones nominativas» regu-

lado por el artículo 55 de la Ley de Sociedades Anónimas, que claramente determina que «la sociedad sólo reputará accionista a quien se halle inscrito en dicho libro». Estatutariamente, sin embargo, están ampliadas las posibilidades de asistencia a la Junta, pues el artículo 17 dispone, que: «Será requisito necesario para que cada socio pueda asistir a las Juntas tener inscrita la titularidad de sus acciones en el Libro-Registro con dos días de antelación al menos a aquél en que haya de celebrarse ésta o exhibir con igual antelación documento público de adquisición de quien en el Libro-Registro figura como titular».

Por tanto, no es menos cierto que la solicitud por el adquirente de la inscripción en el libro-registro de acciones nominativas impone a la sociedad, a través de su órgano de administración, el deber de practicarla, previa verificación (a) de la regularidad del título del solicitante (art 120) y (b) del cumplimiento de los requisitos estatutarios, si existen (art 123 y 28 LSC y STS 406/1992, de 14 de abril y STS 1035/1999, de 2 de diciembre), ya que dicha inscripción de la transmisión en el libro no es automática.

Como reseña la Sentencia del Tribunal Supremo 171/2008, de 28 de febrero: «Antes bien, para que se produzca es necesario, por parte del adquirente, que lo solicite y que acredite la adquisición.

Mientras que a la sociedad le corresponde comprobar, bajo su responsabilidad, la regularidad aparente de una y otra—la Sentencia de 22 de febrero de 2.000 hizo referencia al necesario control de esa legitimación del adquirente, mediante la comprobación de la normalidad de la transmisión—.

Los administradores, aunque el de registrar sea un acto reglado y el control que puedan ejercer se limite a los aspectos externos y aparentes de la titularidad afirmada por el solicitante de la inscripción, pueden oponerse a reconocer la legitimación tabular, ya sea por defectos de la solicitud, ya de la misma titularidad afirmada—por disconformidad con las reglas del tracto sucesivo o con la misma apariencia—. Pueden, por ello, los administradores exigir la exhibición de los títulos para llevar a cabo la verificación expuesta, previamente al reconocimiento de la legitimación del adquirente.»

Y ello debe hacerlo el órgano de administración de forma diligente y de buena fe, como la Sentencia del Tribunal Supremo 128/2000, de 22 de febrero recuerda:

«El cuidado en el ejercicio de estas facultades que competen a los administradores ha de ser máximo —puede lograr respaldo o puede arrastrar, con la revocación de la decisión tomada, la anulación de los actos viciados por ella— pues aun cuando no gozan de facultades de calificación, su decisión sobre la regularidad o no de las transmisiones casi llega a alcanzar aquella categoría y producirá efectos en tanto no se impugne con éxito ante Tribunal que, apreciando su desvío, ordene la registración con todas las consecuencias legales que de ella se derivan»

Por otro lado, en la doctrina mercantilista, a favor de la decisión amplia revisora de los administradores se ha sostenido, Vid. Recalde, Andrés,² lo siguiente: <Los administradores están obligados a una correcta llevanza del libro registro, a la que quedan vinculados en virtud del deber general de gestionar los asuntos sociales con lealtad y diligencia (art. 225.1 LSC). Una vez que se les comunica la transmisión de la acción, deben inscribirla “de inmediato” (art. 120.1 párr. 2.º LSC).

La infracción voluntaria de este deber incide en la eficacia del libro registro. La falta de inscripción imputable a la sociedad (incluso aunque se debiera a la ausencia del libro registro) o la demora no justificada (p. ej. se deniega la inscripción antes de que se celebre la junta general para impedir al adquirente el ejercicio del derecho de asistencia) son conductas, cuyas consecuencias, al margen de la responsabilidad personal de los administradores y de la sociedad, inciden en los efectos del libro registro. La irregularidad en la llevanza no perjudica al verdadero socio, ya que la sociedad no podría alegar que sólo puede reconocer como accionista al inscrito en el libro registro.

Los administradores deben modificar los datos del libro después de que se les notifica la transmisión y de que comprueban su regularidad. En primer lugar, deben verificar que el adquirente que solicita inscribirse adquirió las acciones del accionista que estaba legitimado para transmitir las. La adquisición pudo realizarse mediante los procedimientos de circulación propios de los títulos a la orden. A estos efectos, es suficiente con que los administradores comprueben que el solicitante de la inscripción era el último eslabón de una cadena de endosos que se refleja en la misma acción (art.122 segundo inciso LSC). Una vez verificada la regularidad formal del último endoso, la sociedad inscribirá al endosatario, a quien desde entonces tendrá por accionista.

Si la transmisión era formalmente irregular (p. ej. se rompió la cadena de endosos porque el endosatario no adquirió del anterior legitimado), los administradores podrán negarse a la inscripción.

La inscripción se somete a las normas y principios del Derecho de títulos-valor. Al controlarla regularidad de la transmisión, los administradores deben actuar de buena fe. Por eso, rechazarán la inscripción si conocían o debían conocer que quien la solicita realmente no adquirió las acciones y disponían de medios de prueba líquidos para demostrarlo. Si, ello no obstante, inscriben al adquirente, habrán obrado de mala fe y no podrán ampararse en los datos resultantes del libro registro. Pero los administradores no deben valorar la suficiencia causal de la transmisión ni oponerse a la inscripción porque esta se realizase a título fiduciario (p. ej. cesión legitimatoria).

Si no se emitieron los títulos o, en general, si la transmisión de las acciones se realizó conforme al Derecho común, la adquisición de las acciones debe probarse con arreglo al régimen de la sucesión mortis causa o de la cesión. Pero la sociedad también puede exigir en este caso que quien solicita inscribirse presente el título. Sólo así se cubrirá del riesgo de un cumplimiento no liberatorio, como el que se produciría si aparece un tercer adquirente de buena fe que invoca la protección del régimen de los títulos-valor.

Los administradores deben controlar la transmisión también desde una perspectiva material, lo que, ante todo, supone juzgar si concurren los requisitos para transmitir y adquirir (capacidad, poder de representación, facultad de disponer). No deben inscribir la transmisión si en esta intervino un representante sin poder, si conocen la falsedad de las declaraciones de voluntad, la vis absoluta que vició la voluntad de alguno de los contrayentes o cualquier circunstancia que pudiera afectar a la validez del negocio.

El control se proyecta, igualmente, al cumplimiento de los estatutos, en particular a las previsiones que restringen la libre transmisión de las acciones. Si

los administradores entienden que en la transmisión que se pretende inscribir se incumplieron estas cláusulas, pueden y deben negarse a inscribir al adquirente. El adquirente que entienda que ilícitamente se le denegó la inscripción y, con ello, el ejercicio de los derechos inherentes a la condición de accionista no puede impugnar la junta celebrada sin su presencia, si no ejerció una acción *"tendente a obtener la plenitud de su invocada condición de accionista, también ante la sociedad"*

Ahora bien, si la sociedad inscribió al adquirente, quien se oponga debe demostrar que no se aplicó la cláusula de los estatutos y solicitar que se rectifique el libro registro, que, mientras tanto, seguirá siendo eficaz.

En definitiva, mientras se discute si la transmisión se adecuaba o no al régimen estatutario, la sociedad puede y debe estar a lo que resulta del libro registro de acciones nominativas, aunque luego los tribunales anulen la transmisión y sus efectos. En tal caso será necesaria una nueva anotación que modifique la anterior. En cambio la sociedad no puede crear un nuevo libro registro ni el presidente de la junta puede elaborar la lista de asistentes en contradicción con las indicaciones del libro registro.>

Volvemos a incidir que en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid no se discutió la titularidad formal o material de la transmisión que permitiera a la Ilma. Audiencia Provincial enjuiciar el caso desde la existencia real del negocio (aspecto legitimador que sí reconoce la Audiencia Provincial de Madrid al órgano de administración) frente a la validez sustantiva de la transmisión (aspecto legitimador que no reconoce la Audiencia Provincial de Madrid), ya que en la misma se recoge que el ámbito de discusión lo era sobre aplicación española o extranjera, del siguiente modo:

"17. Aduce KENDALL que el contrato celebrado en 2014 por BPP y el Sr. Jerónimo es contrario a la ley española.

Como presupuesto de tal postulado se mantiene que, frente a lo manifestado en el documento contractual, en el sentido de que el contrato se somete a la normativa portuguesa (apartado 3, dentro del apartado "9.

Disposiciones finales"), la ley aplicable al mismo es la española, de conformidad con el artículo 8 de la Ley 6/2005, de 22 de abril, sobre saneamiento y liquidación de las entidades de crédito, por la que se incorporó a nuestro ordenamiento la Directiva 2001/24/CE del Parlamento y del Consejo, de 4 de abril de 2001, relativa al saneamiento y a la liquidación de las entidades de crédito."

Pues bien, ¿qué es la existencia /inexistencia real del negocio? Para poder comprender este término acudimos al análisis realizado de dicho concepto realizado por la doctrina civilista.

Para ello, sumamente reveladores son los razonamientos realizados al respecto por Delgado Echevarría (Catedrático de Derecho Civil) y Parra Lucán (Catedrática de Derecho Civil y Magistrada de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo),³ cuando nos enseñan lo siguiente:

<1.6 La inexistencia

La 'inexistencia' es un concepto desconcertante, pues no es cualidad predicable del contrato como pueden ser la invalidez o la ineficacia. En la jurisprudencia, sirvió sobre todo para dar un tratamiento a los contratos simulados absolutamente (evitando la aplicación de los arts. 1.301 y 1.302. En la doctrina, tiene una his-

toria atormentada. Autores recientes proponen fundar esta categoría sobre nuevas bases.

El Tribunal Supremo utiliza habitualmente el término “inexistencia” referido a contratos que no reúnen los requisitos del art. 1.261, reservando el de nulidad de pleno derecho para aquellos contrarios a las leyes, en el sentido del art. 6.º-3. Pero no pretende luego extraer consecuencias de esta distinción terminológica, que resulta así poco relevante.

La introducción de la categoría de la inexistencia del acto o contrato se debió en Francia a una necesidad práctica coyuntural. En la antigua doctrina francesa se había consolidado la regla *pas de nullité sans texte*.

Promulgado el Código, se advirtió que el legislador había dejado de señalar la nulidad de actos cuya falta de protección por el Derecho era evidente: en concreto, nada decía sobre el matrimonio de dos personas del mismo sexo. La misma evidencia de la nulidad explicaba el olvido del legislador, que la doctrina se apresuró a subsanar advirtiendo que, en tal caso, no es que el matrimonio sea nulo, sino algo más grave: se trata de un *matrimonium non existens*. Es claro que, no aceptado el principio de necesaria expresión legal de todas las causas de nulidad, el concepto de inexistencia nos es innecesario para llegar a resultados como el aludido.

Cfr. Ghestin, J. 1988, 874 y 876; Larroumet, Ch. 1990, 505 ss.

Pero desde entonces la doctrina —muy particularmente la italiana— se ha esforzado por diferenciar la nulidad de la inexistencia: se dice, por ejemplo, que para poder calificar de inválido a un contrato tendrá al menos que existir, con lo que la inexistencia será cosa distinta de la invalidez. Se define, entonces, la inexistencia diciendo que, en tal caso, falta un requisito de tal alcance que “impide la identificación del negocio” (Santoro Passarelli), que “hace inconcebible el negocio” (Cariota Ferrara) o que impide se dé “el concepto de negocio” (Scognamiglio). Estos planteamientos doctrinales tuvieron algún eco en España, señaladamente a través de los Mozos (1960). Pero el mismo autor reconocía en 1983

que “*el concepto de inexistencia del negocio jurídico carece de entidad suficiente como para formar una categoría independiente, dentro de la teoría de las nulidades*”.

De los Mozos, J. L. 1960-1, 486 ss. y 1983, 481 ss.; también en 1987, 570-572. Con posterioridad, Pasquau ha insistido en que la nulidad, como sanción jurídica, presupone la existencia, mientras que la inexistencia debe restituirse al plano estricto del supuesto de hecho (Pasquau Liaño, M. 1997, 161 y ss.).

El alcance práctico de la cuestión reside, en nuestra opinión, en la posibilidad de distinguir consecuencias diferentes para el contrato inexistente y para el nulo: es decir, de identificar en la inexistencia una disciplina distinta a la de la nulidad. Ciertamente, si esta diferenciación puede hacerse, el concepto de inexistencia sería útil y necesario. Se ha argumentado que los contratos nulos pueden producir, a pesar de todo, ciertos efectos más o menos excepcionales o indirectos, que son susceptibles de conversión (sobre la relación entre la conversión y la categoría de la inexistencia, en la doctrina italiana, vid. Díez Soto, C. 1994, 123-125) y aun, en ciertos casos, de convalidación; mientras que en la inexistencia todo ello quedaría excluido. También puede añadirse que no en todos los casos la nulidad es apreciable de oficio. Aun dando todo ello por cierto, no resulta suficiente para asentar la categoría de la inexistencia como distinta de la nulidad de pleno derecho. Que ciertos contratos nulos produzcan algún efecto, o sean susceptibles de conversión,

no permite distinguir de la nulidad una categoría diferente —la inexistencia—, sino tan sólo obliga a matizar ciertas diferencias entre contratos nulos, por causas que no posibilitan la construcción unitaria de una nueva categoría doctrinal.

Cabe concluir, entonces, que la “inexistencia” no es una categoría dogmática distinta de la de nulidad, sino un simple instrumento dialéctico, útil en algún caso para forzar los límites, verdaderos o supuestos, de una regulación dada sobre la nulidad. Puede entenderse que es precisamente para evitar esta utilización por lo que el art. 34-2 LSA incluye el término ‘inexistencia’ junto a los de ‘nulidad’ y ‘anulación’, del siguiente modo: “Fuera de los casos enunciados en el apartado anterior no podrá declararse la inexistencia ni la nulidad ni tampoco acordarse su anulación”. No consagra con ello la ‘inexistencia’ como una categoría de ineficacia o invalidez, sino que establece una cláusula de cierre para evitar que en la práctica se salten los límites del art. 34-1 que, en cumplimiento de las Directivas europeas, establece un numerus clausus muy rígido de causas de nulidad.

Con la repetida utilización por el Tribunal Supremo del calificativo de “inexistentes” respecto de los negocios simulados se trataba de negar la aplicación de los artículos 1.301 y 1.302, para lo que se buscó un término distinto al de nulidad —que preside dichos artículos—, con apoyo en la dicción del art. 1.261 (para la Sentencia 8 marzo 1994, *“al margen de las disquisiciones doctrinales en orden a si existe o no distinción entre la inexistencia y la nulidad radical, es lo cierto que la doctrina de esta Sala, no muy abundante pero sí unívoca, tiene declarado que tanto en los casos de inexistencia como de nulidad absoluta, el art. 1.301 Cc. no es aplicable, ya que estos contratos carecen de toda validez”* (cita Ss. 23 marzo y 10 abril 1933, 13 mayo y 22 noviembre 1983 y 31 octubre 1992). Pero en la situación presente de la doctrina, bien establecidas las diferencias entre nulidad (de pleno derecho) y anulabilidad, se presta a confusión seguir manteniendo aquella terminología: los contratos en que falta alguno de los requisitos del art. 1.261 están sujetos a la misma disciplina que los contrarios a las leyes (o bien, en algunos casos discutidos, a la de los contratos anulables —incapacidad natural, error obstativo, violencia—; pero nunca a una disciplina distinta, propia de contratos “inexistentes”), es decir, la disciplina genérica de la nulidad de pleno derecho, *“a causa de lo cual —reconoce la S. 5 marzo 1966— se suelen incluir los dos conceptos dentro del capítulo genérico de la nulidad, distintos ambos de la simple anulabilidad de que trata el Código civil —con error terminológico en la denominación— en los arts. 1.300 y ss.”*.

Expresiones que reiteran las Ss. 29 abril 1986, 24 febrero 1992, 20 junio 1996 y 29 abril 1997 (un análisis jurisprudencial en Pasquau Liaño, M. 2000 b, 2160 y ss.). Un camino por el que, en ocasiones, el Tribunal Supremo llega a la unificación —que siempre ha mantenido— del régimen de la inexistencia y el de la nulidad absoluta es el de considerar que en la simulación hay incumplimiento de una norma imperativa (el art. 1.261-3: ausencia de causa), por lo que resulta aplicable el art. 6.º-3. Así en la S. 23 octubre 1992. La S. 16 junio 1989, en un caso de tercera de dominio en que el acreedor ejecutante opuso al tercero la simulación de su título de adquisición, admite la excepción (sin reconvención), declarando que *“debe advertirse que la nulidad por simulación fue alegada como excepción única, como es posible alegar la nulidad radical, según reiterada jurisprudencia aplicable a la simulación, pues aun cuando, si es total, su consecuencia es la declaración de inexistencia, tal declaración tiene en la práctica, si en el proceso están presentes todos*

los afectados, las mismas vías de postulación que la declaración de nulidad” (vid. Albiez Dohrmann, K. J. 2000, 2238).>

Por tanto, doctrinal y jurisprudencialmente se sostiene que inexistencia (existencia real) es una categoría idéntica a la nulidad contractual, estando por tanto legitimados los administradores para la verificación de la misma, según las propias palabras de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de diciembre de 2020.

Negativamente, la meritada Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de diciembre de 2020 parece negar el efecto legitimador del órgano de administración para cuestionar la validez sustantiva de la transmisión.

En consonancia con lo anterior, ¿hay negocios válidos (existentes) que sin embargo no tienen efectos transmisivos para poderlos contraponer con la categoría de inexistencia /nulidad del negocio)? La respuesta es sin dudarla afirmativa y para ello recurrimos a título de ejemplo a la validez de la compraventa de cosa ajena sin efectos transmisivos que propugna sin discusiones la doctrina y la jurisprudencia.

Para poder ilustrarlo mejor, recordamos que la jurisprudencia (SSTS 23 junio 1951 y 7 abril 1977, entre otras) consideró en una primera etapa que la venta de cosa ajena era inexistente por falta de objeto.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 abril 1953 (RJ 1953, 1262) ya se planteó la hipótesis de validez, aunque restringiéndola a la esfera interna de los contratantes, al señalar que:

“aunque se admitiera con el recurrente que dado el carácter consensual que el contrato de compraventa tiene, la venta de una cosa ajena debiera de estimarse válida, tal cuestión podría ser debatida entre los contratantes para exigirse el cumplimiento del contrato o la indemnización correspondiente si tal cumplimiento fuere imposible, pero no podría afectar al copropietario de la cosa, tercero, en el contrato que no puede ser desposeído de su derecho por virtud de ningún contrato en que no haya intervenido y cuya nulidad puede reclamar, como se ha expuesto anteriormente, quedando a salvo el derecho del comprador a ejercitar contra el vendedor las acciones correspondientes y entre ellas la de saneamiento por evicción que le reconocen los artículos 1474 y 1475 CC con los efectos señalados en el artículo 1478 CC”.

El TS admitió claramente la validez de la venta de cosa ajena a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 julio 1958 (RJ 1958, 2537), al señalar que el hecho de que la cosa no sea propiedad del vendedor no impide el nacimiento de la obligación que asume de entregarla.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 marzo 1997 (RJ 1997, 1643) describió la evolución jurisprudencial señalando:

“La teoría de la validez de la venta de cosa ajena, ante la cual, en un principio, fue reacia la jurisprudencia de esta Sala, está hoy admitida plenamente, dada la naturaleza consensual del contrato generador de obligaciones, entre las cuales destaca y es esencial la que tiene el vendedor de proporcionar una cosa al comprador a cambio de un precio, sin que ningún precepto exija que sea propietario de la cosa vendida, sino que ésta pueda ser entregada, bien por el vendedor ya dueño poseedor actual, bien por estar o quedar constreñido a la adquisición de la cosa para entregarla al comprador [como epítome la STS 5 mayo 1983 (RJ 1983, 2668)]”.

Igualmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 noviembre 1997 admitió la validez de la venta de cosa ajena aunque permitiendo que el comprador pudiera resolverla por incumplimiento de la obligación de entrega.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 octubre 2006 (RJ 2006, 6693) se refirió a los orígenes históricos de la figura:

la llamada venta de cosa ajena fue admitida, como indudablemente válida, por el Digesto (18.1.28: rem alienam distrahere quem posse, nulla dubitatio est, nam emptio est et venditio), aunque el dueño pudiera reivindicarla (sed res emptori auferri potest). Y lo propio hizo la quinta Partida (Ley 19, del título 5: cosa ajena vendiendo un ome a otro valdra la vendida). Aunque el Código civil guarda silencio sobre ella, esta Sala ha negado reiteradamente la nulidad del contrato por el que el vendedor se obliga a transmitir una cosa que no le pertenece en el momento de celebrarlo [SSSTS 5 febrero 1968, 3 julio 1981 (RJ 1981, 3043), 31 diciembre 1981 (RJ 1981, 5358) y 11 mayo 2004 (RJ 2004, 2733)].

Y añadió:

“Debe indicarse, sin embargo, que la venta de cosas ajenas plantea frente a las dueñas verdaderas una cuestión que no es de validez del contrato posterior, sino de oponibilidad de su eficacia transmisiva, unido al modo. Lo que significa que reconocer aquella, sin necesidad de ningún negocio accesorio de convalidación, no implica que la segunda compradora, esto es, la demandada, sea, pese a haber recibido instrumentalmente la posesión mediante la escritura (artículo 1462 CC), la dueña por virtud de una adquisición a non domino, ni, correlativamente, que las primeras compradoras, esto es, las demandantes, propietarias ya al perfeccionarse el segundo contrato, hayan dejado de serlo porque un tercero, que no les representa, hubiera vendido lo que era de ellas (nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet: Digesto 50.17.54). Precisamente porque las verdaderas dueñas son las demandantes se mantendrá el pronunciamiento de cancelación de los asientos que publican el derecho de la demandada”

Colacionamos la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 febrero 2008 (RJ 2008, 2819) al declarar que:

“la enajenación de una cuota en el condominio superior a la que corresponda a los vendedores es un caso de enajenación de cosa ajena (respecto a ese plus), y como tal debe ser tratada jurídicamente”.

La doctrina reiterada del Tribunal Supremo (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 abril 2007 y las que cita) es la de que la misma es válida y eficaz como tal compraventa, aunque existirá un incumplimiento de la obligación de entrega por el vendedor al haber recaído, interpretando en el sentido de que la venta es válida y eficaz, aunque la cosa no sea propia del vendedor, con fundamento en que dicho cuerpo legal no admite la transmisión consensual del dominio, sino que se rige por la teoría del título y el modo, conforme a la cual el vendedor sólo queda obligado a entregar la cosa vendida (cfr. art. 1461 CC), pero no produce por sí la transmisión del derecho.

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 mayo 2008, especifica el ámbito de aplicación de las acciones declarativas de dominio y reivindicatoria en la venta de cosa ajena, del siguiente modo:

“La venta de cosa ajena es válida, en ningún caso se puede tildar de inexistente por falta de objeto; el objeto existe, es el piso; distinto es la falta de poder disposición

(cuestión no atinente al derecho subjetivo, derecho de propiedad en este caso, sino al sujeto disponente) sobre el objeto, que da lugar a la ineficacia y puede dar lugar a la adquisición (entre otros medios, como la usucapión) a non domino en virtud del artículo 464 del Código civil en los bienes muebles y del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946, 886) en los inmuebles. *Precisando más, la venta de cosa ajena será ineficaz frente al verdadero propietario que podrá ejercitar acción reclamando la declaración de su ineficacia o acción declarativa de dominio o reivindicatoria sobre el objeto de aquélla. Pero entre las partes, vendedora y compradora, será eficaz.*"

En conclusión y en nuestra opinión, el órgano de administración sí está legitimado según la propia Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de diciembre de 2020 para apreciar la existencia real del negocio (inexistencia /nulidad) o nulidad del negocio aunque, en su opinión, no para cuestionar la validez de la transmisión, por lo que el órgano de administración de la sociedad sí que ha de tener facultades revisoras al menos en los términos expuestos, lo que deriva de su propio cumplimiento del deber de diligencia ex. artículo 225.1 LSC, sin que una lectura apresurada de pronunciamientos judiciales tales como el que se efectúa en la referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de diciembre de 2020 nos pueda llevar a una solución contraria.

III. BIBLIOGRAFÍA

- Delgado Echevarría. Manual de las nulidades de los Contratos. J. Delgado y M.^a Angeles Parra. Zaragoza. 2003.
- Recalde, Andrés. Los efectos de la inscripción en el libro registro de acciones nominativas, *Estudios Muñoz Planas*, Cizur Menor, 2012
- Redondo Trigo. La inscripción de la prenda en el libro registro de acciones nominativas. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 792, 2022.

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 abril 1953
- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 julio 1958
- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 marzo 1997
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 noviembre 1997
- Sentencia del Tribunal Supremo 128/2000, de 22 de febrero
- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2005
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 octubre 2006
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 abril 2007
- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 febrero 2008
- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 mayo 2008
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1.^a) núm. 171/2008 de 28 febrero de 2008
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de diciembre de 2020

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28) núm. 391/2021
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia núm. 43/2021 de 21 enero
- Sentencia del Juzgado Mercantil de Palma (Provincia de Illes Balears) Sentencia núm. 83/2023 de 31 marzo

NOTAS

¹ Redondo Trigo. <La inscripción de la prenda en el libro registro de acciones nominativas>. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 792, 2022.

² Recalde, Andrés <Los efectos de la inscripción en el libro registro de acciones nominativas>, *Estudios Muñoz Planas*, Cizur Menor, 2012, p 727 ss., Vid. págs. 14 y 15.

³ Delgado Echevarría. *Manual de las nulidades de los Contratos*. J. Delgado y M.ª Angeles Parra. Zaragoza. 2003.

3. URBANISMO

Notas marginales generadas en expedientes de expropiación forzosa, con especial consideración de la de inicio.

Marginal notes generated through an expropriation procedure, with special regard to the one recording the commencement of it.

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN
Abogado

RESUMEN: Análisis del régimen jurídico aplicable a la práctica y cancelación registral de la nota marginal de inicio de un procedimiento de expropiación forzosa y referencia a otras notas marginales practicadas en esta clase de expedientes.

ABSTRACT: *Analysis of the legal regime applicable to registration and cancellation of marginal notes recording the commencement of an expropriation procedure and reference to other ones in connection with this kind of files.*

PALABRAS CLAVE: Nota marginal, procedimiento de expropiación.

KEYWORDS: *Marginal note, expropriation procedure.*

Resolución de 12 de junio de 2024, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

SUMARIO: I. RESUMEN DE LOS HECHOS.— II. TRANSCRIPCIÓN DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO.—III. COMENTARIOS: 1. CONSIDERACIONES INICIALES Y RÉGIMEN LEGAL APLICABLE A LA NOTA MARGINAL DE INICIO DEL EXPEDIENTE. 2. PRESUPUESTOS Y CONTENIDO DE LA NOTA MARGINAL DE INICIO. A) El inicio del expediente expropiatorio. B) Momento en que procede su práctica. C) Legitimación para su solicitud. D) Determinación de las fincas sobre las que recae. E) Contenido de la nota marginal. 3. FINALIDAD Y EFECTOS DE ESTA NOTA. 4. CADUCIDAD Y CANCELACIÓN. 5. REFERENCIA A OTRAS NOTAS MARGINALES PRACTICADAS EN VIRTUD DE PROCEDIMIENTOS DE EXPROPIACIÓN FORZOSA. A) La nota marginal de reflejo de la expropiación parcial de

una finca registral. B) La nota marginal de reflejo de la opción por el sistema de tasación conjunta. C) La nota marginal de reflejo de la posible omisión en el expediente de alguna finca o derecho inscritos. D) La nota marginal de agrupación de fincas expropiadas.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. RESOLUCIONES CITADAS.

I. RESUMEN DE LOS HECHOS

Mediante instancia privada se solicitaba la cancelación de la nota marginal de expedición de certificación de un expediente de expropiación forzosa.

Presentada la instancia en el Registro de la Propiedad, fue objeto de la siguiente nota de calificación negativa:

«De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, he calificado el precedente documento en base a los siguientes:

Hechos: Se solicita la cancelación de la nota marginal de expedición de certificación a resultas del expediente de expropiación número (...), por caducidad, que consta al margen de la inscripción (...) de la finca (...), con fecha 28 de enero de 2022, por lo que no ha transcurrido el plazo de tres años desde su expedición.

Fundamentos de Derecho: Artículo 32 del Reglamento Hipotecario y artículo 5.2 del Real Decreto 1093/1997 de las normas complementarias del R.H.

En virtud de los hechos y fundamentos expuestos, el registrador que suscribe acuerda suspender la inscripción solicitada (...).

Contra la anterior nota de calificación se interpuso recurso aduciendo que el plazo de caducidad de la nota marginal a que se refiere el artículo 32 del Reglamento Hipotecario había expirado por entender que se debe computar desde la fecha en que se produce la ocupación del terreno mediante la expropiación (que en el supuesto analizado tuvo lugar en el año 2008).

II. TRANSCRIPCIÓN DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO

«Vistos los artículos 1 y 82 de La Ley Hipotecaria y 32 del Reglamento Hipotecario.

1. Por instancia privada se solicita la cancelación de la nota marginal extendida al amparo del artículo 32 del Reglamento Hipotecario en procedimiento de expropiación.

El registrador suspende por no haber pasado el plazo de caducidad de la nota marginal. El recurrente entiende que es plazo debe contarse desde la ocupación efectiva de la finca y que ya ha transcurrido. No consta en el Registro asiento alguno relacionado con el expediente expropiatorio.

2. El recurso no puede prosperar.

Determina el artículo 32 del Reglamento Hipotecario en su regla primera que los Registradores harán constar, en su caso, por nota al margen de las inscripciones correspondientes, que han expedido la certificación de dominio y cargas a efectos de la expropiación e indicarán su fecha y el procedimiento de que se trate. Estas notas se cancelarán por caducidad transcurridos tres años desde su

fecha, si en el Registro no consta algún nuevo asiento relacionado con el mismo expediente.

3. El *dies a quo* a que dicho precepto se refiere por tanto es el de la nota marginal, como todos los asientos registrales de duración temporal. La caducidad opera de forma automática el día en que se produce y no antes.

4. Los asientos están bajo la salvaguardia de los tribunales (artículo 1 de la Ley Hipotecaria) y no puede el registrador alterar las fechas de los asientos ni hacer interpretaciones subjetivas sobre hechos no acreditados en forma pública (artículo 3 Ley Hipotecaria).

5. Sólo con la documentación acreditativa de la conclusión del expediente expropiatorio podría anticiparse la cancelación de la nota marginal antes de su plazo de caducidad legal.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la nota de calificación».

III. COMENTARIOS

1. CONSIDERACIONES INICIALES Y RÉGIMEN LEGAL APLICABLE A LA NOTA MARGINAL DE INICIO DEL EXPEDIENTE

La resolución transcrita contempla algunas cuestiones de interés relativas a la nota marginal de expedición de la certificación de dominio y cargas: son el cómputo de su plazo de duración y su cancelación por caducidad o anticipada.

Sin embargo, el régimen jurídico de esta nota marginal plantea múltiples cuestiones adicionales que trataremos de abordar partiendo de las disposiciones normativas por las que se rige para terminar con la referencia a otras notas marginales diferentes que pueden practicarse en el seno del expediente expropiatorio.

El régimen legal aplicable a la expropiación forzosa en general se contiene en la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 y su Reglamento de 26 de abril de 1957. La nota marginal de inicio del expediente expropiatorio se encuentra regulada en la regla primera del artículo 32 del Reglamento Hipotecario, que establece que «Los registradores harán constar, en su caso, por nota al margen de las inscripciones correspondientes, que han expedido la certificación de dominio y cargas a efectos de la expropiación e indicarán su fecha y el procedimiento de que se trate. Estas notas se cancelarán por caducidad transcurridos tres años desde su fecha, si en el Registro no consta algún nueva asiento relacionado con el mismo expediente».

La trascendencia de esta nota marginal respecto de los titulares registrales de dominio y cargas se contempla en la regla quinta del mismo artículo, al que haremos referencia al tratar de la finalidad y efectos de dicho asiento.

Complementando el régimen general aplicable a la expropiación forzosa, el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana de 2015 contiene en sus artículos 42 y siguientes determinadas especialidades para la llamada expropiación urbanística, entendiéndose por tal aquella que tiene lugar «por razón de la ordenación territorial y urbanística», que «puede aplicarse para las finalidades

previstas en la legislación reguladora de aquella ordenación». Por tanto, se incluye en este concepto no sólo la que se inserta en el desarrollo del sistema de expropiación sino cualesquiera otras que se apliquen con alguna de las finalidades indicadas, como las que proceden en el sistema de compensación en el caso de no adhesión voluntaria de algún propietario a la junta de compensación o en el de impago por los incorporados a ella de las cuotas que le sean giradas. De acuerdo con el artículo 42.1 del texto refundido, esta clase de expropiaciones se rige por las normas que le siguen y, en lo no previsto en ellas, por las reglas generales de la legislación expropiatoria. Igualmente habrá de acudirse a las disposiciones del Reglamento de Gestión Urbanística que resulten en cada caso de aplicación.

Desde el punto de vista registral, las expropiaciones urbanísticas se regulan en los artículos 22 a 28 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística. Para esta clase de expropiaciones se establece la posibilidad de optar entre dos sistemas de determinación del justiprecio: el procedimiento individualizado y el de tasación conjunta, de acuerdo con el artículo 43.1 del texto refundido.

El texto refundido hace dos alusiones tangenciales a la nota marginal de inicio de la expropiación urbanística por remisión a la legislación hipotecaria: una, en el artículo 44.1, que veremos más adelante, y otra en el artículo 42.4, según el cual «Llegado el momento del pago del justiprecio, sólo se procederá a hacerlo efectivo, consignándose en caso contrario, a aquellos interesados que aporten certificación registral a su favor, en la que conste haberse extendido la nota del artículo 32 del Reglamento Hipotecario o, en su defecto, los títulos justificativos de su derecho, completados con certificaciones negativas del Registro de la Propiedad referidas a la misma finca descrita en los títulos. Si existiesen cargas deberán comparecer los titulares de las mismas».

Por su parte, el citado Real Decreto 1093/1997 regula la nota marginal a la que venimos refiriéndonos en los dos primeros apartados de su artículo 22, que establece lo siguiente: «1. Cuando la Administración tenga conocimiento de que la expropiación afecta a fincas inscritas, solicitará certificación por la que se acredite el dominio y cargas de las mismas. Dicha certificación también podrá ser solicitada por el titular registral, justificando que se encuentra iniciado el oportuno expediente, bien por referencia a su publicidad en periódicos oficiales, bien acompañando los documentos administrativos necesarios. 2. La expedición de dicha certificación se hará constar por nota marginal, expresando su fecha y el procedimiento de que se trate, pudiendo indicarse también en la misma, simultánea o posteriormente, que se ha optado por la aplicación del procedimiento de tasación conjunta. Dicha nota marginal se cancelará por caducidad, transcurridos tres años desde su fecha, si en el Registro no consta algún nuevo asiento relacionado con el mismo expediente».

Expuesto el régimen legal de la nota en términos generales, en los apartados siguientes nos ocupamos de algunas cuestiones que suscita su aplicación práctica.

2. PRESUPUESTOS Y CONTENIDO DE LA NOTA MARGINAL DE INICIO

A) *El inicio del expediente expropiatorio*

El primer presupuesto necesario para la práctica de la nota marginal es, evidentemente, que se haya iniciado el expediente expropiatorio correspondiente. Como señala el artículo 21.1 de la Ley de Expropiación Forzosa, «El acuerdo de necesidad de ocupación inicia el expediente expropiatorio».

Para las expropiaciones urbanísticas, hay que tener en cuenta las particularidades que establece el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. Según el apartado 2 de este artículo, «La aprobación de los instrumentos de la ordenación territorial y urbanística que determine su legislación reguladora conllevará la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación de los bienes y derechos correspondientes, cuando dichos instrumentos habiliten para su ejecución y ésta deba producirse por expropiación. Dicha declaración se extenderá a los terrenos precisos para conectar la actuación de urbanización con las redes generales de servicios, cuando sean necesarios». El apartado 3 añade que «La delimitación espacial de un ámbito para la realización de actuaciones sobre el medio urbano, sea conjunta o aislada, una vez firme en vía administrativa, comporta la declaración de la utilidad pública o, en su caso, el interés social, a los efectos de la aplicación de los regímenes de expropiación, venta y sustitución forzosa de los bienes y derechos necesarios para su ejecución, y su sujeción a los derechos de tanteo y retracto a favor de la Administración actuante, además de aquellos otros que expresamente se deriven de lo dispuesto en la legislación aplicable».

A la vista del régimen legal antes expuesto, parece claro que la nota marginal es procedente en las expropiaciones de cualquier clase, ya se trate de la general o de la urbanística, y tanto si se ha optado por el expediente individualizado de determinación del justiprecio como por el procedimiento de tasación conjunta.

B) *Momento en que procede su práctica*

La certificación de dominio y cargas y la práctica de la nota marginal pueden solicitarse una vez iniciado el expediente expropiatorio y normalmente se realiza en la fase previa de investigación de la propiedad regulada en los artículos 9 y siguientes de la Ley de Expropiación Forzosa y 10 y siguientes de su Reglamento, que establecen varios momentos en que puede tenerse conocimiento de los datos de las fincas afectadas a partir tanto de los documentos recabados por la Administración como de los aportados por los titulares de las mismas.

C) *Legitimación para su solicitud*

De acuerdo con lo anterior, el artículo 22.1 del Real Decreto de 1997 establece una doble legitimación para la solicitud de la certificación de dominio y cargas y la práctica de la nota marginal al disponer que «Cuando la Administración tenga conocimiento de que la expropiación afecta a fincas inscritas, solicitará certificación por la que se acredite el dominio y cargas de las mismas. Dicha certificación

también podrá ser solicitada por el titular registral, justificando que se encuentra iniciado el oportuno expediente, bien por referencia a su publicidad en periódicos oficiales, bien acompañando los documentos administrativos necesarios».

D) Determinación de las fincas sobre las que recae

Las fincas afectadas por la expropiación y sus titulares resultarán del indicado proceso de investigación, debiendo distinguirse entre las fincas inmatriculadas y las que no lo están.

Si se trata de fincas inmatriculadas, el expediente se entenderá con los titulares registrales, teniendo en cuenta que, según el artículo 43.4 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, «Llegado el momento del pago del justiprecio, sólo se procederá a hacerlo efectivo, consignándose en caso contrario, a aquellos interesados que aporten certificación registral a su favor, en la que conste haberse extendido la nota del artículo 32 del Reglamento Hipotecario (...). Si existiesen cargas deberán comparecer los titulares de las mismas».

Puede suceder que la expropiación sólo afecte parcialmente a una finca inmatriculada, para cuyo supuesto el artículo 44.1 del texto refundido contempla la práctica de una segunda nota marginal, como veremos en el último apartado. En todo caso, la limitación de la expropiación a una parte de la finca se entiende sin perjuicio de la norma contenida en el artículo 23 de la Ley de Expropiación Forzosa, según el cual «Cuando la expropiación implique sólo la necesidad de ocupación de una parte de finca rústica o urbana, de tal modo que a consecuencia de aquélla resulte antieconómica para el propietario la conservación de la parte de finca no expropiada, podrá éste solicitar de la Administración que dicha expropiación comprenda la totalidad de la finca, debiendo decidirse sobre ello en el plazo de diez días. Dicha resolución es susceptible del recurso de alzada previsto en el artículo anterior, y no se dará el recurso contencioso-administrativo, estándose a lo dispuesto en el artículo 46».

Si las fincas objeto de expropiación no estuvieran inmatriculadas, la certificación será negativa, debiendo tomarse en consideración los correspondientes títulos no inscritos, según lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley de Expropiación Forzosa, haciéndose efectivo el justiprecio a quienes «aporten (...) los títulos justificativos de su derecho, completados con certificaciones negativas del Registro de la Propiedad referidas a la misma finca descrita en los títulos», según el citado artículo 43.4. En el mismo sentido, el artículo 25.3 del Real Decreto 1093/1997 establece para el procedimiento de tasación conjunta que al título expropiatorio se acompañará «El acta de pago del justiprecio a favor de la persona con la que se hubiere entendido el expediente, si éste aportare certificación acreditativa de que la finca, tal y como se describe en el expediente, no está inscrita a favor de persona alguna y hubiere justificado debidamente su derecho». Finalmente, el título inscribible expropiatorio será documento hábil para la práctica de la inmatriculación de las fincas expropiadas de acuerdo con el artículo 53 de la Ley de Expropiación Forzosa.

E) *Contenido de la nota marginal*

Conforme a la regla primera del artículo 32 del Reglamento Hipotecario, en la nota marginal se hará constar que se ha expedido «la certificación de dominio y cargas a efectos de la expropiación» y se indicará «su fecha y el procedimiento de que se trate».

Para las expropiaciones urbanísticas, el artículo 22.1 del Real Decreto 1093/1997 reproduce las circunstancias anteriores pero añade un posible contenido adicional, al disponer que «La expedición de dicha certificación se hará constar por nota marginal, expresando su fecha y el procedimiento de que se trate, pudiendo indicarse también en la misma, simultánea o posteriormente, que se ha optado por la aplicación del procedimiento de tasación conjunta».

3. FINALIDAD Y EFECTOS DE ESTA NOTA

La finalidad y efectos de la nota marginal de inicio de los expedientes expropiatorios en general se deduce de la regla quinta del artículo 32 del Reglamento Hipotecario, cuyo primer párrafo establece que «El dominio y las cargas, gravámenes, derechos reales y limitaciones de toda clase inscritos con posterioridad a la fecha de la nota marginal a que se refiere este artículo, se cancelarán al practicarse la inscripción a favor del expropiante o beneficiario y en virtud del mismo título, aunque los interesados no hayan sido parte en el expediente, para cuya cancelación bastará su expresión genérica», a lo que añade el segundo párrafo que «Para que puedan cancelarse los asientos de fecha anterior a dicha nota deberá constar que los interesados han sido citados en forma legal y que concurrieron por sí o debidamente representados al pago, o que se consignó el precio o la parte necesaria del mismo según los casos. En el título se determinarán los asientos que deban cancelarse y subsistir con referencia a los datos registrales».

En sentido análogo, el artículo 26.4 del Real Decreto 1093/1997 dispone que «El dominio y las cargas, gravámenes, derechos reales y limitaciones de toda clase, inscritos sobre las fincas de origen con posterioridad a la fecha de la nota marginal a que se refiere el artículo 22, se cancelarán al practicarse la inscripción de las fincas resultantes del proyecto, aunque los interesados no hubieran sido parte en el procedimiento. Para que puedan cancelarse los asientos de fecha anterior a dicha nota, deberá constar que los interesados han sido citados en forma legal y que concurrieron, por sí o debidamente representados, al pago, o, en otro caso, que se consignó el precio o la parte necesaria del mismo, según los casos».

Por lo tanto, la eficacia de la nota marginal presenta tres manifestaciones interrelacionadas pero diferenciadas. En primer lugar, la nota tiene una eficacia preventiva de publicidad noticia al advertir a los terceros que pudieran estar interesados en adquirir algún derecho sobre la finca de la existencia de un procedimiento de expropiación forzosa en tramitación. En segundo lugar, como consecuencia de lo anterior y en relación con el expediente administrativo expropiatorio, la nota produce plenos efectos notificadores para quienes adquieran e inscriban algún derecho sobre la finca con posterioridad a su fecha, de tal modo que el expediente expropiatorio podrá consumarse sin necesidad de notificación

expresa a los mismos. Finalmente, y desde el punto de vista del procedimiento registral, la ulterior inscripción del título expropiatorio conllevará la cancelación de cualesquiera derechos inscritos o anotados después de la nota marginal en todo caso y también la cancelación de los derechos anteriores si, en este último supuesto, sus titulares han sido debidamente notificados en el expediente.

Como señala la resolución de la Dirección General de 8 de octubre de 2012 y reitera la de 4 de octubre de 2019, «Para evitar que, durante la tramitación del procedimiento de expropiación forzosa, como consecuencia del cambio de titular de la finca, se haga inútil el procedimiento iniciado, se establece en la normativa hipotecaria que si el organismo expropiante solicita, a los efectos del procedimiento expropiatorio, la expedición de certificación de cargas, se hará constar su expedición y el procedimiento correspondiente mediante nota marginal (cfr. artículos 32, regla 1.ª, del Reglamento Hipotecario y 22 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística). La finalidad de esta nota marginal es la de dar publicidad a la existencia del expediente expropiatorio —y evitar la indefensión de los sucesivos titulares—, de forma que, conforme al apartado 5 del artículo 32 del Reglamento Hipotecario, el dominio y las cargas, gravámenes, derechos reales y limitaciones de toda clase, inscritos con posterioridad a la fecha de la nota marginal a que se refiere este artículo, se cancelarán al practicarse la inscripción a favor del expropiante o beneficiario y en virtud del mismo título, aunque los interesados no hayan sido parte en el expediente, para cuya cancelación bastará su expresión genérica. El artículo 17 de la Ley Hipotecaria establece que inscrito o anotado preventivamente en el Registro cualquier título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible, por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble o derecho real. En consecuencia, inscrita la adquisición posterior a la expropiación pero anterior a la constancia registral del inicio del procedimiento expropiatorio —que en el presente caso ni siquiera se ha producido mediante la nota marginal referida—, no podrá inscribirse la expropiación forzosa, que es una transmisión, aunque sea de fecha anterior».

En este punto existe una diferencia sustancial entre los efectos de la nota que analizamos y los de la nota marginal de inicio del expediente de equidistribución, regulada en el artículo 5 del Real Decreto 1093/1997: en esta última, la cancelación de derechos inscritos con posterioridad a la fecha de la nota, regulada en los artículos 14 y siguientes, tiene un carácter puramente «formal», de modo que el propio Real Decreto facilita lo que podría calificarse como una «reactivación» o «reviviscencia» de las titularidades canceladas a través de varios mecanismos, como la mera instancia ante el registrador si hay plena correspondencia entre la finca de origen y la de resultado o, en otro caso, mediante el consentimiento de todos los afectados formalizado en escritura pública rectificativa y, en último término, en virtud de un acuerdo firme de la Administración actuante, todo con los requisitos del artículo 17. En cambio, en el procedimiento expropiatorio, la cancelación de los asientos posteriores a la nota no es formal sino sustantiva, definitiva o, como la califica la resolución de 1 de agosto de 2014, «absoluta».

4. CADUCIDAD Y CANCELACIÓN

El plazo de caducidad de la nota marginal de inicio del expediente expropiatorio se regula con carácter general en el inciso final de la regla primera del citado artículo 32 del Reglamento Hipotecario, que establece que «Estas notas se cancelarán por caducidad transcurridos tres años desde su fecha, si en el Registro no consta algún nuevo asiento relacionado con el mismo expediente». La misma norma es reiterada en el artículo 22.2 del Real Decreto 1093/1997 al establecer que «Dicha nota marginal se cancelará por caducidad, transcurridos tres años desde su fecha, si en el Registro no consta algún nuevo asiento relacionado con el mismo expediente».

Transcurrido el plazo indicado, procede la cancelación de la nota por caducidad conforme a las reglas generales, siendo posible incluso su práctica de oficio por el registrador en los términos del artículo 353 del Reglamento Hipotecario.

Dadas las características propias de la nota que analizamos, parece claro que el plazo de caducidad de tres años debe empezar a contarse desde la fecha de la práctica efectiva de la propia nota marginal, sin que sea aplicable la regla general del artículo 24 de la Ley Hipotecaria que toma en consideración la fecha del asiento de presentación como fecha de la inscripción. Así lo entiende la resolución de 12 de junio de 2024, objeto de este comentario, cuando señala que «El *dies a quo* a que dicho precepto se refiere por tanto es el de la nota marginal, como todos los asientos registrales de duración temporal».

Como puede observarse, ni el artículo 32 del Reglamento Hipotecario ni el 22.2 del Real Decreto 1093/1997 contienen previsión expresa alguna sobre la posibilidad de prorrogar esta nota marginal, a diferencia de lo que sucede con la nota de inicio del expediente de equidistribución, para la que sí lo permite el artículo 5.2 del Real Decreto cuando establece que «La nota marginal tendrá una duración de tres años y podrá ser prorrogada por otros tres a instancia de la Administración actuante o de la entidad urbanística colaboradora».

A falta de esta previsión expresa para la nota del expediente expropiatorio, existen discrepancias en la doctrina sobre su aplicabilidad analógica o no a ella nota¹. Esta cuestión ha sido aclarada por la Dirección General en su resolución de 1 de agosto de 2014, que afirma lo siguiente: «Caso distinto es la nota marginal, su vigencia y efectos en el caso de los procesos expropiatorios, ya que el artículo 22 del Real Decreto 1093/1997 prevé su cancelación por caducidad por el transcurso de tres años desde su fecha sin hacer referencia a prórroga alguna, y sus efectos son absolutamente diferentes, dado que el proceso expropiatorio implica la extinción de los derechos preexistentes y la inscripción a favor de la Administración actuante y provoca que la cancelación de los asientos posteriores a la nota sea absoluta, no meramente instrumental hasta conseguir la reinscripción en las fincas de reemplazo como sucede en los procesos reparcelatorios, lo cual impide la aplicación analógica de dichos supuestos».

A pesar de no ser aplicable a la nota expropiatoria el régimen de prórrogas vigente en materia de equidistribución, cabe considerar la existencia de algunos supuestos en los que se produce un efecto práctico similar a partir del último inciso tanto del artículo 32.1 del Reglamento Hipotecario como del 22.2 del Real Decreto 1093/1997 que, como vimos, exceptúan del régimen de cancelación por caducidad

de la nota el caso en que, tras la práctica de la nota, conste «algún nuevo asiento relacionado con el mismo expediente».

Entre estos asientos relacionados con el mismo expediente y susceptibles de evitar la cancelación por caducidad de la nota de inicio cabría considerar incluidas la nota marginal que procede cuando la expropiación no afecta a la totalidad de una finca registral según el artículo 44.1 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana o la constancia de la opción por el procedimiento de tasación conjunta que, según el artículo 22.2 del Real Decreto 1093/1997, puede hacerse tras la nota de inicio, supuestos ambos que comentaremos en el último apartado. Igualmente parece que podría tener el mismo efecto la anotación preventiva prevista para el procedimiento expropiatorio de urgencia en virtud del acta previa a la ocupación y el resguardo de depósito provisional a que se refiere la regla tercera del artículo 32 del Reglamento Hipotecario.

En todos estos casos, lo lógico es pensar que la vigencia de la nota marginal de inicio se extiende al plazo de duración específicamente previsto para el «nuevo asiento» de que se trate, salvo que este expire antes del de tres años de la propia nota de inicio.

Durante la vigencia de la nota marginal en cualquiera de los casos anteriores (ya sea el plazo reglamentario de tres años o el del asiento que *de facto* produzca su ampliación), no es posible obtener su cancelación a menos que se acredite la extinción del expediente expropiatorio. Así lo entiende la resolución de 12 de junio de 2024 cuando afirma que «Solo con la documentación acreditativa de la conclusión del expediente expropiatorio podría anticiparse la cancelación de la nota marginal antes de su plazo de caducidad legal»². También parece que podría pedirse la cancelación anticipada cuando termine el procedimiento por otra causa, como el hecho de quedar excluida de la expropiación la finca sobre la que recaía la nota o la adhesión a la junta de compensación del propietario inicialmente no incorporado a ella, entre otros supuestos.

5. REFERENCIA A OTRAS NOTAS MARGINALES PRACTICADAS EN VIRTUD DEL PROCEDIMIENTO DE EXPROPIACIÓN FORZOSA

Junto a la nota marginal analizada en los apartados precedentes, la legislación vigente contempla la posible práctica de otras notas marginales con finalidades diferentes a las que hacemos referencia a continuación.

A) *La nota marginal de reflejo de la expropiación parcial de una finca registral*

Se refiere a esta otra nota marginal el artículo 44.1, del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, que establece en su inciso final que «En las fincas afectadas y a continuación de la nota a que se refiere la legislación hipotecaria sobre asientos derivados de procedimientos de expropiación forzosa, se extenderá otra en la que se identificará la porción expropiada si la actuación no afectase a la totalidad de la finca».

Esta nueva nota marginal plantea varias cuestiones:

a) La primera es la relativa a su fundamento, que ha tratado de situarse en razones de seguridad jurídica³ y en el principio hipotecario de especialidad⁴.

A nuestro juicio, es escasa la utilidad de la previsión legal de esta segunda nota marginal. Su regulación legal contrasta llamativamente con la del expediente de equidistribución, en la que no hay previsión alguna semejante cuando este expediente afecta solo parcialmente a fincas registrales. En efecto, para este expediente se considera suficiente con la nota marginal de inicio prevista en el artículo 5 del Real Decreto 1093/1997. Este régimen aplicable a la equidistribución parece lógico porque aquella solicitud no puede generar en modo alguno la segregación de la finca de origen para circunscribir la nota marginal a la porción interior al sector o ámbito de actuación de que se trate, segregación que sólo podrá tener lugar en virtud del propio proyecto de equidistribución, reparcelación o compensación aprobado por la Administración. Lo mismo sucede con el expediente de expropiación forzosa, en el que la segregación se producirá tras la nota de inicio cuando se inscriba el título expropiatorio.

b) La segunda cuestión es la relativa a la dificultad práctica de la aplicación de esta segunda nota marginal. Normalmente al comienzo del expediente administrativo, tanto de equidistribución como de expropiación, que es cuando se toma la nota marginal de inicio, no es posible la determinación exacta de la porción de finca afectada por él, delimitada por sus coordenadas georreferenciadas, sino que esta será el resultado de la tramitación del procedimiento con intervención de todos los interesados. Por ello, en este momento inicial no parece que pueda realizarse dicha identificación exacta, lo que dificulta la aplicación del régimen de la nota marginal del artículo 44.1 del texto refundido en aras precisamente del principio de especialidad, que en aquel momento no parece posible cumplir en su integridad. En efecto, la resolución de 17 de marzo de 2012 considera necesario «que ya en el momento de la práctica de dicha nota marginal de expedición de la correspondiente certificación quede perfectamente delimitada la parte de finca expropiada, con su indicación de su situación, cabida y linderos, que es lo que acertadamente pide el registrador».

c) La tercera cuestión que suscita esta nueva nota marginal es la relativa a la idoneidad de la sistemática empleada en su regulación. El artículo 44 del texto refundido se refiere al momento de la inscripción del título expropiatorio ya aprobado y su apartado 1 contempla concretamente el acta de ocupación de la finca, por lo que no parece oportuno incluir en este mismo apartado la referencia a la nota marginal de expropiación parcial, cuya práctica se produce en un momento anterior.

d) En cuarto lugar, el citado artículo 44.1 establece con claridad que el hecho de la sujeción parcial de la finca al mismo no puede hacerse constar en la propia nota marginal de inicio, sino en «otra» que se practicará «a continuación» de ella. La oportunidad de esta regla es también discutible, pues no parece haber obstáculo en que se pueda dejar constancia de la afectación parcial de la finca al expediente expropiatorio en la nota de inicio de este —y no necesariamente en otra ulterior—, si así se reflejara en la solicitud de certificación de dominio y cargas. Así parece entenderlo la Dirección General en su citada resolución de 17 de marzo de 2012, que se refería a la nota de inicio afirmando lo siguiente: «La finalidad de esta nota marginal es la de dar publicidad a la existencia del expediente expropiatorio,

de forma que, conforme al apartado 5 del artículo 32 del Reglamento Hipotecario (...), lo que en caso de expropiaciones parciales requiere que ya en el momento de la práctica de dicha nota marginal de expedición de la correspondiente certificación quede perfectamente delimitada la parte de finca expropiada, con su indicación de su situación, cabida y linderos, que es lo que acertadamente pide el registrador». Como se observa, esta resolución, que permite la inclusión de la referencia a la expropiación parcial en la misma nota marginal de inicio, se dictó con anterioridad a la entrada en vigor del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación urbana de 2015 pero bajo la vigencia del texto refundido de 2008, cuyo artículo 31.1 contemplaba esta segunda nota marginal como independiente de la de inicio en los mismos términos que el artículo 44.1 del actual texto refundido.

Vigente ya el texto refundido de 2015 y la Ley 13/2015 de reforma de la Ley Hipotecaria, la resolución de 17 de enero de 2019 vuelve a afirmar que «Esta determinación de la concreta porción de finca a expropiar debe hacerse ya al tiempo de expedir la certificación prevista en el artículo 32 del Reglamento Hipotecario (cfr. Resolución de 17 de marzo de 2012)», añadiendo que «Tras la reforma operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, el artículo 9.b) de la Ley Hipotecaria exige, además, para los supuestos de expropiación forzosa la aportación de la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices», con lo que parece agravarse la dificultad práctica de esta nota a la que ya hemos hecho referencia.

e) En cuanto a la duración de esta segunda nota marginal, parece lógico entender que se rige por las mismas reglas que la de inicio, es decir, que tendría un plazo de caducidad de tres años desde su fecha, por lo que en este sentido podría considerarse uno de los supuestos de prórroga o extensión temporal *de facto* de la primera nota marginal según lo expuesto en el apartado 4 de este comentario.

f) De lo expuesto pueden extraerse, en nuestra opinión, las siguientes conclusiones: (i) la afectación parcial de una finca registral al expediente expropiatorio puede hacerse constar en la misma nota marginal de expedición de la certificación de dominio y cargas y no necesariamente en «otra nota posterior»; (ii) la única utilidad de esta segunda nota marginal se daría en el caso de constatarse durante la tramitación del expediente y, por tanto, antes de su terminación, que la finca que se consideraba afectada por él en su totalidad sólo lo estaría en parte, y (iii) para la práctica de la segunda nota marginal no debería considerarse imprescindible la perfecta identificación de la porción afectada, ya que esta sólo podrá realizarse con plena exactitud al finalizar el expediente.

B) La nota marginal de reflejo de la opción por el sistema de tasación conjunta

El artículo 22.2 del Real Decreto 1093/1997, relativo como vimos a la nota marginal de inicio, establece que puede «indicarse también en la misma, simultánea o posteriormente, que se ha optado por la aplicación del procedimiento de tasación conjunta».

Por tanto, la opción por este procedimiento puede constatarse en la propia nota marginal de inicio o después, lo cual será de utilidad cuando la Administra-

ción no conozca exactamente los datos registrales de las fincas afectadas con anterioridad al inicio del expediente expropiatorio y a la expedición de la certificación de dominio y cargas.

Para este supuesto, Arnaiz Eguren⁵ considera que, «en principio, puesto que la dicción reglamentaria no distingue, la nueva nota puede practicarse sin necesidad de la expedición de nueva certificación o con solicitud expresa de esta. En el primer caso, los efectos respecto de titularidades posteriores habrán de referirse a la certificación inicial. En el segundo, tales efectos habrán de referirse al contenido de la nueva certificación, con una duración de tres años a partir de la fecha de la nueva nota».

C) La nota marginal de reflejo de la posible omisión en el expediente de alguna finca o derecho inscritos

El artículo 28 del Real Decreto 1093/1997 contempla otra posible nota marginal. Según este precepto, «Si en el momento de la inscripción de la finca o fincas resultantes, o, posteriormente, el Registrador tuviere duda fundada de que alguna finca o derecho inscrito no ha sido incluida en el expediente, remitirá certificación literal de sus asientos al órgano expropiante y tomará nota de su remisión al margen de la última inscripción de dominio; dicha nota se cancelará por caducidad transcurrido un año desde su fecha. Para cancelar la inscripción será necesario solicitud de la Administración expropiante, acompañada de documento justificativo de que los titulares de las fincas o derechos han sido debidamente compensados, previa tramitación del adecuado expediente complementario».

Esta norma es complementada por el artículo 45.3 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, según el cual «En el supuesto de que, una vez finalizado totalmente el expediente, aparecieren fincas o derechos anteriormente inscritos no tenidos en cuenta, la Administración expropiante, de oficio o a instancia de parte interesada o del propio registrador, solicitará de éste que practique la cancelación correspondiente. Los titulares de tales fincas o derechos deberán ser compensados por la Administración expropiante, que formulará un expediente complementario con las correspondientes hojas de aprecio, tramitándose según el procedimiento que se haya seguido para el resto de las fincas, sin perjuicio de que tales titulares puedan ejercitar cualquier otro tipo de acción que pudiera corresponderles».

El plazo de caducidad de esta nueva nota es sensiblemente inferior al de las anteriores, concretándolo el precepto reglamentario en el de un año contado desde su fecha. No obstante, García García⁶ considera posible su prórroga a solicitud de la Administración o del propio interesado.

D) La nota marginal de agrupación de fincas expropiadas

El artículo 26.2 del Real Decreto de 1997 contempla una posible nueva nota marginal derivada del expediente expropiatorio urbanístico, consistente en que «Si a la certificación se acompañaren las actas de ocupación y pago de las fincas

de origen correspondientes, el Registrador practicará, al margen de su última inscripción de dominio, nota de agrupación, con efectos de transferencia. Se seguirá el mismo criterio cuando se acompañe acta de depósito y se dieren las circunstancias señaladas en el artículo anterior».

La certificación a la que se refiere la norma es la prevista en el artículo 24.2 del mismo Real Decreto, es decir, la que constituye el título inscribible de la expropiación forzosa cuando, de conformidad con el contenido del título expropiatorio, se opta por la inscripción como una sola finca «de resultado» de la totalidad o parte de las superficies expropiadas, en que se comprendan varias fincas registrales «de origen». Para este supuesto el precepto habla de «inscripción conjunta», concepto eminentemente registral que no puede confundirse con el de tasación conjunta, concepto sustantivo este último que se refiere a una de las formas posibles de determinación de justiprecio dentro del expediente administrativo.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ARNAIZ EGUREN, R. (1999). *La inscripción registral de los actos urbanísticos*. Marcial Pons.
- FERNÁNDEZ TORRES, J.R. (2022). Expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial. En: SÁNCHEZ GOYANES, E. (dir.), *Comentarios a la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana*. Navarra: Aranzadi (pp.1391-1547).
- FERNÁNDEZ TORRES, J.R. (2023). Expropiación forzosa. En: CRIADO SÁNCHEZ, A.J. (dir.), *Comentarios a la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana*. Navarra: Aranzadi (pp. 663-718).
- GARCÍA GARCÍA, J.M. (1999). *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario, Tomo V, Urbanismo y Registro*". Civitas.

V. RESOLUCIONES CITADAS

- RDG de 17 de marzo de 2012.
- RDG de 8 de octubre de 2012.
- RDG de 1 de agosto de 2014.
- RDG de 17 de enero de 2019.
- RDG de 4 de octubre de 2019.
- RDG de 12 de junio de 2024.

NOTAS

¹ A favor de la prórroga se manifiesta GARCÍA GARCÍA, J.M. (1999). *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario, Tomo V, Urbanismo y Registro*". Civitas. En sentido negativo, ARNAIZ EGUREN, R. (1999). *La inscripción registral de los actos urbanísticos*. Marcial Pons.

² En el mismo sentido se manifiesta, respecto de la nota de inicio de la equidistribución, la resolución de 27 de junio de 2013, señalando que «que no basta una instancia privada para obtener la cancelación, sino que la nota y sus prórrogas se encuentran bajo la salvaguardia de los tribunales, añadiendo que es precisa la presentación de un título administrativo expedido por la Administración actuante, en el que se solicite la cancelación del asiento».

³ FERNÁNDEZ TORRES, J.R. (2023). Expropiación forzosa (artículos 42 a 47 TRLS-RU/2015). En: CRIADO SÁNCHEZ, A.J. (dir.), *Comentarios a la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana*. Navarra: Aranzadi (pp. 663-718).

⁴ GARCÍA GARCÍA, J.M., op. cit., p. 329.

⁵ ARNAIZ EGUREN, R., op. cit., página 216.

⁶ GARCÍA GARCÍA, J.M., op.cit. página 361.

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información de actividades

ANDALUCÍA:

- Se ha celebrado en Sevilla el 30 de enero de 2025 la jornada Derecho de Sucesiones. Aspectos civiles del Derecho de transmisión a la luz de la reciente jurisprudencia.

Organizan:

- Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España
- Cátedra de Derecho Registral
- Decanato Territorial de Andalucía Occidental
- Cátedra de Derecho Registral de la Universidad de Sevilla

Programa:

17:30h Presentación a cargo de:

D. Manuel ESPEJO LERDO DE TEJADA

Catedrático de D. Civil de la Universidad de Sevilla.

Director de la Cátedra de Derecho Registral

17:40h Exposición a cargo de:

D. Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Málaga.

“La transmisión de la delación en la jurisprudencia civil y fiscal del Tribunal Supremo”.

18:00h Exposición a cargo de:

D. Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO

Registrador de la Propiedad.

Ex-Director General de los Registros y del Notariado.

“El ius transmissionis en la doctrina de la Dirección General”.

18:20h Exposición a cargo de:

D.ª Patricia REPRESA POLO

Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad Complutense.

“El ius transmissionis a través de un caso práctico. Aceptación tácita de la herencia y determinación de los transmisarios”.

Moderador:

D. Juan Pablo MURGA FERNÁNDEZ

Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla.

18:40h Coloquio

19:00h Clausura a cargo de:

D. Manuel RIDRUEJO RAMÍREZ

Decano Territorial de Andalucía Occidental.

RECENSIÓN
BIBLIOGRÁFICA

GOÑI HUARTE, Elena, *Rebus sic stantibus y pactos económicos familiares*, Aranzadi, 2023, 166 pp.

por

DIEGO FIERRO RODRÍGUEZ

Ltrado de la Administración de Justicia

La monografía titulada *Rebus sic stantibus y pactos económicos familiares*, fruto de la labor de intelectual de Elena Goñi Huarte y del trabajo editorial de Aranzadi, es una obra que llama la atención en el contexto actual, donde la pandemia de COVID-19 ha trastocado la estabilidad económica y social de innumerables familias. La autora aborda con entusiasmo un tema crucial que se encuentra en la intersección del Derecho de familia y el Derecho contractual, ofreciendo un análisis oportuno sobre la aplicabilidad de la regla *rebus sic stantibus* a los acuerdos económicos entre miembros de una familia, en especial con los cónyuges o miembros de una pareja de hecho.

Desde la irrupción de la pandemia en marzo de 2020, el mundo se ha visto sumido en una crisis económica sin precedentes, generando una presión extraordinaria sobre los individuos y las familias. El desempleo masivo y los expedientes de regulación de empleo han debilitado significativamente la capacidad adquisitiva de la población. La recuperación económica, aunque progresiva, se ha visto obstaculizada por una inflación que amenaza con erosionar aún más el poder adquisitivo de las personas. Ante este panorama, la obra de Elena Goñi Huarte cobra una relevancia notable al explorar cómo el Derecho puede adaptarse a esta nueva realidad.

El eje central de la obra es la figura legal de las cláusulas *rebus sic stantibus*, una doctrina que históricamente ha permitido la modificación de contratos cuando circunstancias excepcionales e imprevisibles generan una carga excesiva para una o ambas partes contratantes. Tradicionalmente, esta regla se basaba en consideraciones de equidad y justicia, pero en la actualidad, encuentra su fundamento en principios más objetivos como la conmutatividad del comercio jurídico y el principio de buena fe, directrices del orden público económico.

Elena Goñi Huarte examina detenidamente cómo, en el contexto español, esta doctrina se ha aplicado a diversos contratos patrimoniales después del inicio la crisis desencadenada por el COVID-19. En particular, destacó su aplicación a la renegociación de contratos de arrendamiento de locales comerciales, donde los arrendatarios se vieron en apuros para cumplir con sus obligaciones debido a la disminución de sus ingresos. La adaptación de estos contratos a la nueva realidad económica es un ejemplo elocuente de cómo el Derecho debe responder a situaciones excepcionales.

La obra presenta una estructura clara y organizada, dividida en capítulos que permiten al lector seguir de manera fluida el análisis y desarrollo de las ideas. Cada sección se apoya en una base jurisprudencial y teórica sólida, lo que confiere rigor y credibilidad al enfoque de Elena Goñi Huarte. Concretamente, el libro está estructurado en cinco partes, cada una de las cuales aborda aspectos cruciales de esta compleja cuestión.

En el primer capítulo, la autora introduce al lector en el concepto de autonomía de la voluntad en el Derecho de familia, un principio que ha ganado terreno gradualmente en el ámbito jurídico español. Elena Goñi Huarte estudia cómo este principio permite a las partes en un contrato familiar establecer acuerdos económicos que reflejen sus necesidades y deseos, y cómo esto ha evolucionado a lo largo del tiempo para dar cabida a una mayor flexibilidad en las relaciones familiares hasta llegar a la consideración general de aceptación de contratos como los acuerdos prematrimoniales.

El valor vinculante de los negocios jurídicos privados en el ámbito del Derecho de familia es un tema de gran importancia y relevancia en la práctica legal y judicial. La jurisprudencia española, en particular, ha abordado esta cuestión de manera detenida y esclarecedora, lo que proporciona un marco sólido para comprender cómo se consideran y aplican estos acuerdos en casos concretos.

Este enfoque se basa en el principio de autonomía de la voluntad, que concede a las partes involucradas en un conflicto familiar el poder de decidir sobre cuestiones económicas y patrimoniales. Esto significa que, si las partes están de acuerdo en la forma en que se deben dividir los recursos, las obligaciones financieras y otros aspectos económicos de su relación, estos acuerdos son respetados y reconocidos por el sistema legal.

Es importante destacar que esta perspectiva no limita la capacidad de las partes para establecer acuerdos que puedan ser independientes de las disposiciones legales estándar. Por ejemplo, los cónyuges pueden acordar derechos económicos específicos a favor de uno de ellos, y estos derechos se considerarán válidos y vinculantes. Ello proporciona un alto grado de flexibilidad y personalización en las relaciones familiares y sus implicaciones económicas.

Debe tenerse presente que, como indica Elena Goñi Huarte, el artículo 1255 del Código Civil recoge restricciones a la autonomía de la voluntad en la celebración de contratos, incluidos los pactos en el ámbito del Derecho de familia. Los límites son la ley, la moral y el orden público y, en el contexto de las cuestiones que afectan a los hijos menores de edad o discapacitados, son esenciales para proteger los derechos e intereses de los menores y garantizar su bienestar. Los juzgados y tribunales tienen la responsabilidad de evaluar cualquier acuerdo o contrato que pueda tener un impacto negativo en los hijos y determinar si cumple con estos límites para asegurar que se respeten los derechos de los menores y discapacitados y la promoción de su interés superior.

El segundo capítulo se centra en los pactos económicos que surgen en el contexto de crisis familiares. La autora destaca la importancia de estos acuerdos, ya que permiten a las partes anticipar y gestionar situaciones económicas difíciles dentro del núcleo familiar. La obra profundiza en dos aspectos cruciales: los pactos económicos entre miembros de la pareja y los pactos relacionados con los hijos. Aquí, Elena Goñi Huarte analiza la validez y la naturaleza jurídica de estos

pactos, proporcionando una visión integral de cómo el Derecho de familia aborda las cuestiones económicas en situaciones de crisis.

En cuanto a las cuestiones económicas sobre los miembros de la pareja, el texto incluye aspectos para pactos sobre alimentos, pactos sobre pensión compensatoria y pactos económicos en previsión de ruptura.

En primer lugar, se tratan los pactos sobre alimentos, que son acuerdos que las parejas pueden establecer para regular la obligación de uno de los cónyuges de proporcionar sustento económico al otro. Estos pactos pueden ser de gran utilidad, ya que permiten a las parejas acordar con anticipación cómo se cubrirán las necesidades financieras, evitando disputas futuras.

En segundo lugar, se abordan los pactos sobre pensión compensatoria. Este tipo de acuerdos tiene como objetivo establecer una compensación económica cuando uno de los cónyuges ha contribuido significativamente al desarrollo profesional o económico del otro durante el matrimonio. Estos acuerdos pueden ser muy útiles para garantizar la equidad y la justicia económica en situaciones de divorcio.

Finalmente, este apartado también se refiere a los pactos económicos en previsión de ruptura. Estos acuerdos permiten a las parejas planificar con anticipación cómo se dividirán sus activos y pasivos en caso de separación o divorcio y pueden abordar cuestiones como la propiedad de bienes, la distribución de deudas y la gestión de activos financieros. Estos pactos son una herramienta valiosa para evitar conflictos y litigios innecesarios en momentos emocionalmente difíciles.

Sobre la cuestión tratada, se pueden comprobar numerosas resoluciones. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala I) 758/2011, de 4 de noviembre, explicó claramente que el convenio en el Derecho de familia es un negocio jurídico que puede contener tanto pactos típicos como atípicos. Esta resolución se basa en el principio de autonomía de la voluntad de las partes afectadas, lo que significa que los cónyuges o las partes involucradas en un conflicto familiar tienen la libertad de acordar y configurar los términos de su relación y de sus compromisos económicos según lo que consideren conveniente con los límites del artículo 1255 del Código Civil. Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala I) 766/2012, de 10 de diciembre, refuerza la idea de la vinculación de los acuerdos en el Derecho de familia. En este caso, se enfoca en la pensión compensatoria y sostiene que cuando esta pensión se establece de común acuerdo entre los esposos en un convenio regulador, lo relevante es el valor vinculante de lo acordado. Es decir, lo que se pacta en un convenio tiene un peso significativo y puede influir en la resolución de disputas posteriores.

En cuanto a las cuestiones económicas sobre los hijos, se ha de tener presente la protección de los menores y discapacitados, existiendo numerosas limitaciones para el establecimiento de acuerdos y sus novaciones. En tal sentido, cobra especial relevancia el procedimiento de modificación de medidas.

El tercer capítulo del libro *Rebus sic stantibus y pactos económicos familiares* se centra en la regla *rebus sic stantibus*. Esta directriz interpretativa, que se ha convertido en un principio importante en el ámbito del Derecho de los contratos, aborda la capacidad de modificar los contratos cuando circunstancias excepcionales e imprevisibles generan una carga excesiva para las partes contratantes. Este

capítulo es esencial para comprender la naturaleza y el alcance de esta doctrina, y su relevancia en el contexto de los acuerdos familiares.

En este capítulo, Elena Goñi Huarte comienza desglosando la naturaleza jurídica de la regla *rebus sic stantibus*. En su esencia, esta regla se basa en el principio de equidad y justicia contractual. Establece que, si las circunstancias que existían al momento de la celebración de un contrato cambian de manera sustancial y no prevista por las partes, hasta el punto de que la ejecución del contrato se convierte en excesivamente onerosa o inaceptable para una de ellas, los contratantes pueden solicitar su modificación o resolución. Ello se fundamenta en el principio de que un contrato debe ser equitativo y justo para ambas partes, y que las circunstancias imprevisibles pueden hacer que el cumplimiento del contrato sea inadecuado o injusto.

La autora también se adentra en el fundamento y la finalidad históricos de la regla *rebus sic stantibus*. Esta doctrina tiene raíces profundas y se ha desarrollado a lo largo de la historia del Derecho Privado continental. Originalmente, se basaba en principios de equidad y justicia y tenía como objetivo proteger a las partes contratantes de las consecuencias injustas de los cambios imprevisibles en las circunstancias. Con el transcurso del tiempo, ha evolucionado para reflejar los cambios en la sociedad y la economía, pero su propósito fundamental sigue siendo asegurar que la vigencia de los contratos sea equitativa y justa en todas las circunstancias.

El capítulo también se sumerge en la aplicación técnica de la regla *rebus sic stantibus* en el Derecho. Esto implica considerar cómo se identifican y evalúan las circunstancias excepcionales que justifican la modificación o rescisión de un contrato. La autora destaca la importancia de que los juzgados y tribunales apliquen esta regla de manera cuidadosa y razonada, teniendo en cuenta factores como la imprevisibilidad de las circunstancias y el impacto real en las partes contratantes.

El cuarto capítulo del libro *Rebus sic stantibus y pactos económicos familiares* de Elena Goñi Huarte representa el núcleo esencial de la obra, ya que aborda la cuestión central de aplicar la regla *rebus sic stantibus* a los pactos económicos dentro del ámbito familiar. Este capítulo profundiza en varios aspectos cruciales que son fundamentales para comprender cómo esta regla se puede implementar en situaciones de crisis económica en el contexto de las relaciones familiares.

En primer lugar, Goñi Huarte se adentra en la naturaleza jurídica de la aplicación de la regla *rebus sic stantibus* a los pactos económicos familiares. Esto implica examinar cómo esta doctrina, históricamente utilizada en el ámbito de los contratos comerciales, puede adaptarse y ser relevante en el marco de las relaciones familiares. La autora sostiene que esta adaptación es posible y necesaria, dado que las crisis económicas pueden afectar significativamente a las familias y sus acuerdos económicos.

En segundo lugar, el capítulo aborda el fundamento y la finalidad específicos de aplicar *rebus sic stantibus* en el ámbito familiar. Aquí, Elena Goñi Huarte argumenta que el objetivo principal es garantizar la equidad y la justicia en las relaciones económicas dentro de la familia cuando surgen circunstancias imprevisibles y excepcionales. La finalidad es proteger a las partes involucradas, especialmente a los hijos, de los efectos negativos de una crisis económica.

El capítulo también explora cómo se podría llevar a cabo técnicamente la aplicación de *rebus sic stantibus* en el contexto familiar. Esto implica considerar cómo se identificarían y evaluarían las circunstancias excepcionales que justifican la modificación de los pactos económicos. La autora sugiere que la mediación familiar es un procedimiento adecuado para abordar estas cuestiones técnicas, ya que permite a las partes involucradas negociar y renegociar los términos de sus acuerdos de manera justa y equitativa.

Un aspecto destacado del capítulo es la importancia que se le otorga a la mediación familiar como un procedimiento adecuado para la renegociación de los pactos económicos en situaciones de crisis económica. La autora argumenta que la mediación proporciona un espacio neutral y orientado hacia el consenso donde las partes pueden discutir y adaptar sus acuerdos de manera colaborativa. Esto no solo promueve la justicia en las relaciones familiares, sino que también puede minimizar el conflicto y el trauma emocional que los litigios pueden causar a las familias.

Mediante el quinto capítulo, la obra culmina con una recopilación de conclusiones que resume de manera efectiva los puntos clave discutidos a lo largo del libro. Aquí, la autora reafirma la relevancia y la viabilidad de aplicar la regla *rebus sic stantibus* a los pactos económicos familiares, resaltando la importancia de la mediación como un medio adecuado para llevar a cabo estas adaptaciones de manera justa y equitativa.

El análisis de la autora, Elena Goñi Huarte, sobre el papel de la mediación en la revisión de los pactos familiares con contenido económico es un punto clave en su obra *Rebus sic stantibus y pactos económicos familiares*. Sin embargo, es importante destacar que, a pesar de la calidad de su trabajo en términos de forma y fondo, se puede cuestionar el peso que le otorga a la mediación como el único mecanismo de solución alternativa de conflictos a nivel extrajudicial en este contexto.

Es innegable que la mediación desempeña un papel fundamental en la resolución de conflictos familiares, especialmente cuando se trata de acuerdos económicos que involucran a cónyuges en proceso de divorcio o separación. La mediación ofrece una serie de ventajas, como la posibilidad de llegar a acuerdos personalizados, la reducción de costos y tiempos procesales, y la preservación de la relación entre las partes, que pueden ser de gran utilidad en situaciones familiares delicadas.

La crítica a la vía judicial en este contexto se basa en su falta de agilidad y en la incertidumbre que puede generar para las partes. Los procesos judiciales pueden prolongarse en el tiempo, lo que puede ser perjudicial en situaciones que requieren una rápida adaptación de los acuerdos económicos debido a cambios inesperados en las circunstancias familiares o económicas. Además, la judicialización de los conflictos puede aumentar la tensión y el conflicto entre las partes, lo que no siempre es deseable en casos familiares.

No obstante, es válido cuestionar si la mediación es el único mecanismo extrajudicial viable en estos casos. La autora podría haber dado más peso a la posibilidad de que las partes negocien directamente sus acuerdos. Si bien esto requiere un alto grado de madurez y compromiso por parte de las partes involucradas, puede ser una opción efectiva en situaciones en las que las relaciones familiares no están extremadamente deterioradas y las partes tienen la voluntad de llegar a

un acuerdo, aunque ello no siempre es así, dificultando que se pueda considerar la mediación como un remedio mágico para resolver todos los conflictos inter-subjetivos.

Es innegable que la mediación constituye una herramienta valiosa para la resolución de conflictos familiares. Ofrece numerosas ventajas, como la posibilidad de llegar a acuerdos consensuados, reducir los costes y tiempos de un proceso judicial, y preservar las relaciones interpersonales. Sin embargo, es importante reconocer que la mediación no es una solución universal ni adecuada para todos los casos de conflictos familiares. Precisamente, existen algunas razones por las cuales la mediación puede no ser adecuada para resolver todos los conflictos familiares.

En primer lugar, para algunos casos, una de las partes puede tener un poder o control significativo sobre la otra. Esto puede deberse a desequilibrios económicos, emocionales o de cualquier otro tipo. En tales situaciones, la mediación puede no ser efectiva, ya que la parte más vulnerable podría sentirse presionada para aceptar acuerdos que no son equitativos.

En segundo lugar, la mediación se basa en la voluntariedad de ambas partes para llegar a un acuerdo. Si una de las partes no está dispuesta o se siente coaccionada para participar en la mediación, es probable que no se alcance una solución efectiva.

En tercer lugar, los conflictos familiares a menudo están cargados de emociones intensas. Si las partes no pueden separar sus emociones del proceso de mediación, puede ser difícil llegar a acuerdos racionales y prácticos.

En cuarto lugar, algunos conflictos familiares involucran cuestiones legales y financieras complejas, como la división de propiedades, acuerdos de custodia, pensiones alimenticias, etc. La mediación puede no ser suficiente para abordar estas complejidades legales y garantizar que los acuerdos sean justos y equitativos.

En sexto lugar, la mediación se basa en la comunicación efectiva entre las partes. Si las partes no pueden comunicarse de manera constructiva o si hay una historia de conflictos profundos y destructivos, la mediación puede no ser efectiva.

Además, como el artículo 87 ter 5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, excluye la mediación en los casos en los que existan hechos constitutivos de violencia de género, son muchos los supuestos que quedan sin las posibles ventajas de la mediación.

Expuesto lo anterior y aunque es válido cuestionar el énfasis que la autora da a la mediación como el principal mecanismo extrajudicial en la revisión de los pactos familiares con contenido económico, no se puede negar la importancia de este mecanismo en la resolución de conflictos familiares. Sin embargo, es esencial reconocer que la elección entre la mediación, la negociación directa u otros métodos depende de las circunstancias particulares de cada caso. Lo más importante es buscar la solución que mejor se adapte a las necesidades y deseos de las partes involucradas, manteniendo siempre el objetivo de preservar el bienestar de la familia en el centro de cualquier mecanismo de resolución de conflictos.

Debe afirmarse, para ir cerrando el examen de la obra estudiada, que *Rebus sic stantibus y pactos económicos familiares* de Elena Goñi Huarte es, en todo caso y circunstancia, una obra jurídica que explora con profundidad y rigor las implicaciones legales y prácticas para adaptar los acuerdos económicos familiares

en tiempos de crisis. Pese a la problemática de su enfoque en ciertos aspectos y el excesivo cuerpo de las notas al pie, debe reconocerse que su análisis profundo, respaldado por una base doctrinal y jurisprudencial sólida, hace que esta obra sea de utilidad tanto para académicos como para profesionales del Derecho que busquen comprender y abordar las complejas cuestiones legales relacionadas con los acuerdos económicos familiares en la sociedad actual.

NORMAS DE PUBLICACIÓN

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

1. NORMAS FORMALES DE PRESENTACIÓN

Conforme a los criterios de calidad exigidos tanto por las normas del CINDOC (Centro de Información y Documentación Científica) como por las de otras importantes bases de datos del ISI (Institute for Scientific Information), y con el fin de conseguir su inclusión en el Journal Citation Reports (JCR), se establecen las siguientes normas de publicación de trabajos en la RCDI.

1.1. Autoría

Los trabajos que se presenten para publicar en RCDI no podrán incluir los datos de autoría dentro del texto de dicho trabajo, con el fin de que se pueda realizar el proceso de evaluación ciega, según el protocolo de la propia Revista. En la ficha de alta como usuario, que necesariamente debe cumplimentar cada colaborador, se recogerán los datos personales y académicos del autor, datos que serán los que aparecerán en el texto que finalmente se publique.

1.2. Encabezamiento

Al inicio de todos los trabajos deberán constar los siguientes datos:

- Título del trabajo, *en minúsculas*, que deberá reflejar fielmente el contenido de artículo, *en español y en inglés*.
- Resumen del artículo con un máximo de 250 palabras.
- Resumen del artículo en inglés (*abstract*).
- Palabras clave: de 5 a 10 palabras clave.
- Palabras clave en inglés (*key words*).

1.3. Extensión

- Los estudios tendrán una extensión entre 25 a 40 folios.
- Los dictámenes y notas, de 10 a 25 folios.
- Los estudios jurisprudenciales, de 10 a 20 folios.
- Las recensiones bibliográficas, de 2 a 4 folios.

1.4. Tipo de letra

- Tratamiento de texto: Word.
- Tipo de letra: Times New Roman, tamaño: 12 (salvo las Notas, cuyo tamaño será 10).
- Interlineado: Sencillo (*Sin negritas ni subrayados*).
- Alineación de los párrafos: justificado a derecha e izquierda.

1.5. Estructura del trabajo

Además del encabezado, todos deberán contener un Sumario al inicio, que seguirá las siguientes pautas:

- I. EN VERSALES
- II.1. En *versalitas*
- III.1.A. *En cursiva*
- IV.1.A.a) En redondo
- V.1.A.a) a') (si lo hubiera). En redondo

El mismo finalizará con unas breves CONCLUSIONES, las cuales deberán ir precedidas por un número romano.

- I.- [...]
- II.- [...]
- III.- [...]

Se añadirá al final del trabajo un ÍNDICE de las resoluciones citadas a lo largo del trabajo siempre en conexión con el tema. Dicha cita se hará con el esquema siguiente:

P. ej. STS de 22 de octubre de 2002. (*Sin puntos en las siglas*).

Por último, contará con un apartado de BIBLIOGRAFÍA, que recogerá las referencias bibliográficas ordenadas alfabéticamente, conforme a la forma expresada en el siguiente apartado.

2. NORMAS PARA LA ELABORACIÓN DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Para la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado y para las Notas al final del trabajo, se seguirán las siguientes normas formato

APA (American Psychological Association), contenidas en el Manual de Estilo: *Publication Manual of the American Psychological Association*, disponibles en www.apastyle.org.

- Libro:

APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título de la obra en cursiva. Lugar de publicación: Editorial.

Ej.: GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2000). *Lecciones de Derecho Hipotecario*. Madrid: Marcial Pons.

- Capítulo de Libro:

APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título del capítulo. En: Inicial del nombre y apellido/s (ed./dir./coord.). Título de Libro (en cursiva). Ciudad: Editorial (pp. Inicial y final).

Ej.: DÍAZ FRAILE, J.M. (2017). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015. En M. Yzquierdo Tolsada (dir.). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)* Vol. 7º (2015). Madrid: Dykinson, BOE, Colegio de Registradores de España (pp. 47-63).

- Artículo:

APELLIDOS, Inicial del Nombre. Año (entre paréntesis). Título del artículo. Nombre de la Revista en cursiva, nº de la revista, páginas inicial y final.

Ej.: GÓMEZ PÉREZ, A. (1969). Los alimentos debidos a la viuda encinta. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2, 373-401.

- Documento electrónico:

Además de lo indicado anteriormente según sea libro o artículo, debe indicarse [En línea], la dirección URL y la fecha de publicación o la de su más reciente actualización.

Ej.: GÓMEZ POMAR, F. (2001). Carga de la prueba y responsabilidad objetiva. *Indret* [En línea], núm. 40, disponible en <http://www.indret.com/cas/artdet.php?Idioma=cas&IdArticulo=139>

Conviene recordar que la forma de citar en texto correspondiente a las normas APA varía respecto a la tradicional de forma que:

- Tratándose de referencias bibliográficas en texto, se introducen en el propio texto de la siguiente forma: (autor, año de publicación y página). La

cita completa se desarrolla conforme a las normas que se acaban de exponer en la bibliografía recogida al final del artículo, no al pie de página.

Ej.: La viuda encinta se hace merecedora de los alimentos (GÓMEZ PÉREZ, 1969, 373), por lo que sería conveniente...

- Tanto las citas con referencia bibliográfica como las Notas que sean aclaratorias o informativas, irán siempre al final del artículo, correlativamente enumeradas y no en la página en que corresponda insertar la cita.

3. OTRAS NORMAS DE ESTILO

3.1. Cita de normas jurídicas

La primera cita de una norma, en el texto, será completa. Por ejemplo:

Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV o Ley 15/2015).

Los términos «Constitución española», «Código civil», «Código de Comercio», «artículo», «párrafo», «número», «disposición», etc., se escribirán de forma completa en el texto, salvo que sea entre paréntesis o entre corchetes, en cuyo caso se puede emplear la abreviatura (CE, CC, CCo, art., pfo., núm., disp.).

3.2. Uso de la mayúscula

Es conveniente el empleo de minúsculas en las iniciales de cargos u oficios (registrador, notario, abogado...), órganos (tribunal, juzgado...), preceptos (artículo, decreto...), dejando el uso de la mayúscula inicial para los nombres de personas e instituciones (Audiencia Provincial, Juzgado de lo Mercantil, Registro de la Propiedad...) y para los títulos de las normas.

El Consejo Editorial y de Redacción de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario rechazará los trabajos que no cumplan las normas de publicación que se indican.

Se informa que en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, los datos personales facilitados a Revista Crítica serán tratados de forma confidencial y quedarán incorporados a los respectivos ficheros de los que es responsable el Colegio de Registradores, con las finalidades que se detallan en el Registro General de Protección de Datos, no siendo utilizados para finalidades incompatibles con estas. Los datos recabados podrán ser cedidos en los casos previstos para cada fichero en dicho Registro. La Revista Crítica pone en conocimiento su política de privacidad, disponible en su página web. Le informamos que la Revista Crítica asegura el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en los términos establecidos en la legislación vigente, pudiendo utilizar para ello cualquiera de los canales de comunicación del 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.

